

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

AYMÊ LORENA LACERDA DE SOUZA

A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

SANTA RITA

2017

AYMÊ LORENA LACERDA DE SOUZA

A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba,
como exigência parcial da obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof^ª. Ma. Adriana dos Santos
Ormond

SANTA RITA

2017

Souza, Aymê Lorena Lacerda de.

S719m A mediação como forma de acesso à justiça / Aymê Lorena Lacerda de
Souza – Santa Rita, 2017.
60f.

Monografia (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba.
Departamento de Ciências Jurídicas, Santa Rita, 2017.
Orientadora: Profª. Ma. Adriana dos Santos Ormond.

1. Mediação 2. Conflitos. 3. Justiça. I. Ormond, Adriana dos Santos.
II. Título.

BSDCJ/UFPB

CDU – 347.918

AYMÊ LORENA LACERDA DE SOUZA

A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba,
como exigência parcial da obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof^ª. Ma. Adriana dos Santos
Ormond

Banca Examinadora:

Data da Aprovação: 03/11/2017

Prof^ª. Ma. Adriana dos Santos Ormond (Orientadora)

Prof^ª. Dr^a. Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa

Prof^ª. Dr^a. Juliana Toledo Araújo Rocha

A Deus, aos meus pais, Ennio
Lacerda e Ana Maria Ribeiro, à
minha família e amigos.

AGRADECIMENTOS

A Deus e a Nossa Senhora, por todas as bênçãos e forças concedidas para enfrentar todos os desafios acadêmicos e, principalmente, por mostrar que jamais estarei só. Aos meus pais, Ennio Lacerda de Souza e Ana Maria Ribeiro de Souza Lacerda, pelo amor incondicional, apoio em todos os momentos e por acreditarem na minha capacidade. Aos meus irmãos, Thiago Lacerda de Souza e Felipe Lacerda de Souza, pelo incentivo na jornada em busca de meus objetivos. A minha sobrinha, Lisbela Carvalho Lacerda, pela luz própria que possui e encanta minha vida. A Roberto Cavalcanti Beltrão, por toda cumplicidade, apoio, amor e parceria. A minha família como um todo, tios, avós, primos, amigos de longas datas, por todo incentivo. Aos meus amigos que trilharam junto a mim os caminhos acadêmicos, Bruna Renata, Rosiene Santos, Isabel Maria, Maria Izabel, Flaviano Soares e Daniela Almeida, por me acolherem após a transferência universitária e pelo apoio recíproco. As minhas amigas que me acompanharam por alguns períodos na UFCG, Jaqueline, Cielda, Naiara e Andressa. A minha Orientadora, Adriana dos Santos Ormond, pela orientação na elaboração desse trabalho, bem como por seu exemplar comprometimento e grande ajuda. A Universidade de Federal de Campina Grande e a Universidade Federal da Paraíba por oportunizarem a concretização da minha tão sonhada graduação.

RESUMO

Os conflitos oriundos das relações humanas são inerentes ao homem, tendo em vista seus interesses, ideologias e subjetividade do ser social. Com a vedação estatal à autotutela e a vingança privada, cabe ao Estado a função de dirimir conflitos e prestar a tutela jurisdicional para que se alcance a estabilidade e a paz social. Assim, desenvolveu-se uma concepção geral de que a justiça se alcançaria apenas por meio de processos judiciais, inflando o Poder Judiciário. Todavia, a busca pela efetivação dos direitos através dos processos judiciais nem sempre se constitui como o meio mais eficaz e célere, tendo em vista sua morosidade e alto custo, por exemplo. A partir de tal constatação, fala-se cada vez mais na mediação como uma maneira de potencializar a aplicação da justiça. A mediação corresponde ao método de resolução de conflitos no qual as partes envolvidas recorrem a um terceiro imparcial, chamado mediador, a fim de que possam chegar a um acordo satisfatório para ambas as partes. Assim, a mediação refere-se a um processo autocompositivo auxiliado por uma pessoa neutra ao conflito, que visa facilitar a negociação entre as partes com o objetivo de que estas possam restabelecer o diálogo e, se possível, chegarem a uma solução. Destarte, o presente trabalho teve por finalidade estudar a Mediação como meio de acesso à justiça, verificando as inovações legislativas a respeito deste instituto no sistema jurídico brasileiro atual, bem como suas contribuições. Para o desenvolvimento do trabalho foi empregado o método de abordagem dedutivo, e, como método de procedimento, o monográfico. A técnica utilizada foi a de documentação indireta, realizando-se pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. No trabalho, foram discutidos os efeitos jurídicos decorrentes da mediação, sendo levados em consideração os dispositivos legais vigentes acerca da temática. Importante ressaltar que as sentenças judiciais proferidas nem sempre são suficientes para solucionar satisfatoriamente os litígios. Por ser uma decisão imputada às partes independentemente de seu caráter volitivo, muitas vezes tais sentenças não são cumpridas e/ou dão origem a outros conflitos, assim, constata-se o caráter positivo da mediação como forma de acesso à justiça.

Palavras-chave: Mediação. Conflitos. Justiça.

ABSTRACT

Conflicts arising from human relations are inherent to man, aiming his interests, ideologies and subjectivity of the social being. With the state's prohibition of self-defense and private revenge, it is the State's role to resolve disputes and provide judicial protection to achieve stability and social peace. Thus, a general conception that justice would be achieved only through judicial processes was developed, inflating the Judiciary branch. However, the search for the enforcement of rights through judicial processes does not always constitute the most effective and fastest way possible, given its slowness and high cost, for example. From this observation, the importance of mediation as a way of enhancing the application of justice is increasing rapidly. Mediation is the method of conflict resolution in which the parties involved use an impartial third part, called mediator, so that they can reach a mutually satisfactory agreement. Hence, mediation refers to a self-help process assisted by a person neutral to the conflict, which aims to facilitate negotiation between the parties so that they can re-establish dialogue and, if possible, reach a solution. Therefore, the purpose of this study was to study Mediation as a mean to access justice, verifying the legislative innovations regarding this institute in the current brazilian legal system, as well as its contributions. In this study, it was used the method of deductive approach and, as method of procedure, the monographic. The technique used was that of indirect documentation, through bibliographical and documental research. In the paper, the legal effects of mediation were discussed, taking into account the current legal provisions on the subject. It is important to emphasize that the judicial sentences executed are not always sufficient to resolve disputes satisfactorily. Due to the fact that it is a decision imputed to the parties irrespective of their volitional character, such sentences are often not fulfilled and / or give rise to other conflicts, thus, the positive character of mediation as a form of access to justice is verified.

Keywords: Mediation. Conflict. Justice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL	12
2.1 HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO	12
2.2 DIFERENÇAS COM A CONCILIAÇÃO, ARBITRAGEM E NEGOCIAÇÃO	17
2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À MEDIAÇÃO	20
2.3.1 Princípios da imparcialidade, independência e autonomia	21
2.3.2 Princípio da isonomia	22
2.3.3 Princípios da confidencialidade e o respeito à ordem pública e às leis vigentes	22
2.3.4 Princípios da informalidade, simplicidade e oralidade	23
2.3.5 Princípio da boa-fé	24
2.3.6 Princípio da decisão informada	24
2.3.7 Princípios do empoderamento e da validação	24
2.3.8 Princípio da competência	26
2.3.9 Princípio da consciência relativa ao processo	26
3 A MEDIAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL	28
3.1 A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA (Resolução nº 125 do CNJ)	28
3.2 A MEDIAÇÃO COMO FASE OU ATO PROCESSUAL NO NOVO CPC	31
3.3 LEI DE MEDIAÇÃO (Lei nº 13.140/2015)	34
4 O ACESSO À JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO	40
4.1 PERSPECTIVAS ACERCA DO ACESSO À JUSTIÇA	40
4.2 A QUEBRA DO PARADIGMA DO MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO E SUAS IMPLICAÇÕES	44
4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	50
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

Em razão da evolução das relações humanas, os conflitos que antes eram solucionados pela autotutela passaram a ser dirimidos pelo poder estatal. No lugar da vingança privada, passou-se o monopólio da jurisdição para o Estado, cuja fundamentação pauta-se na aplicação do Direito, abandonando-se a concepção da imposição de solução pela força física, individual, vingança privada.

Em alguns casos a atuação estatal impositiva e imparcial não é suficiente para a efetiva solução do litígio. Assim, a imposição de uma sentença nem sempre soluciona de fato a lide e previne futuras controvérsias, sendo necessárias alternativas que possam induzir as partes ao restabelecimento do diálogo, facilitando um acordo por meio de sua autodeterminação. Nesse cenário, tem-se o instituto da Mediação, que diz respeito a uma abordagem consensual de controvérsias no qual uma terceira pessoa, neutra e capacitada tecnicamente, busca facilitar a comunicação entre os envolvidos a fim de que possam encontrar formas produtivas de lidar com os desentendimentos.

A efetivação dos meios extrajudiciais vem se desenvolvendo continuamente no cenário nacional. Com a inovação da previsão legal voltada à mediação no Novo Código de Processo Civil, Resolução nº 125 do CNJ, Lei nº 13.140/15 e demais normas, vem se difundindo uma percepção mais reconhecida e positiva dessa prática. O questionamento que se busca investigar nesse trabalho diz respeito ao efetivo acesso à justiça e a quebra do paradigma do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário, analisando as disposições legais acerca da temática.

Tendo em vista os desafios que atingem o sistema judiciário brasileiro, nota-se que os principais males que podem ser pontuados diz respeito à quantidade exorbitante de processos judiciais, bem como sua morosidade, formalismo e alto custo. Diante da procura cada vez mais frequente da população ao Poder Judiciário, torna-se evidente a necessidade de se desenvolver meios alternativos que possam auxiliar e conceder subsídios para a atuação estatal e para a efetivação do acesso à justiça.

No tocante à relevância acadêmica, destaca-se que o presente trabalho pauta-se na normatização atualizada da Mediação, em razão do Novo Código de Processo Civil em vigor. Ratifica-se a relevância científica diante da possibilidade de contribuição para a Academia, através do fomento ao debate no espaço universitário sobre a importância e consequências práticas de alternativas extrajudiciais para resolução de conflitos, especificamente a mediação.

Vale ressaltar ainda que, como futuros operadores do direito, o contato com temas atuais ligados a área jurídica proporciona maior bagagem intelectual para o exercício da função, além de ampliar o conceito de acesso à justiça e proporcionar uma visão mais humanista sobre os litígios.

A respeito do valor jurídico, ressalta-se que a presente análise busca atestar a efetividade do instituto da Mediação no ordenamento jurídico brasileiro. Isto porque o Direito deve existir em comunhão com a sociedade, atentando para seus efeitos concretos nesta. Nesse sentido, a relevância social é outro fator justificável para o desenvolvimento do presente trabalho, tendo em vista que tende a esclarecer à sociedade os aspectos acerca da mediação como forma de acesso à tutela jurisdicional, sem que seja necessário optar unicamente pelos caminhos judiciais.

Tendo em vista tais considerações, esse trabalho monográfico discutirá acerca do instituto da mediação no ordenamento jurídico brasileiro vigente e suas contribuições. No primeiro capítulo abordar-se-á sobre o histórico e conceituação da mediação, a diferença entre esse instituto e a conciliação, negociação e arbitragem, elencando, ainda, os princípios pertinentes ao tema.

Em seguida, no segundo capítulo discorrer-se-á sobre a previsão legal da mediação no sistema jurídico brasileiro atual, a partir do Novo Código de Processo Civil, a Resolução nº 125 do CNJ, o Manual de Mediação Judicial e a Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação), bem como os aspectos controvertidos da aplicação da mediação.

O terceiro capítulo, por sua vez, discutirá acerca da relação entre a mediação e o acesso à justiça, a quebra do paradigma do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário, suas perspectivas e análise jurisprudencial. Nesse sentido, serão elencados julgados que ilustrem a efetividade da mediação na solução de conflitos e a ampliação da concepção de justiça e tutela jurisdicional.

No desenvolvimento do trabalho foi empregado o método dedutivo de abordagem, e, como método de procedimento, o monográfico. No tocante à técnica, foi utilizada a documentação indireta, realizando-se pesquisa bibliográfica em doutrina, publicações periódicas, revistas e teses que tratam da temática, além de pesquisa documental.

2 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL

Em razão das transformações sociais e dos conflitos interpessoais, a procura pelo Poder Judiciário tem se tornado cada vez maior. O acesso à informação tem refletido diretamente nesse cenário, isto porque facilitou maior conhecimento da população acerca de seus direitos e deveres e, conseqüentemente, maior busca pela via judicial para solucionar os conflitos existentes. Todavia, o acesso à justiça não precisa necessariamente ser fruto de uma decisão judicial, destacando-se, nesse sentido, os meios consensuais de solução de conflitos, dentre os quais se encontra o instituto da mediação.

2.1 HISTÓRICO E CONCEITUAÇÃO

O ideal de solução por via contenciosa e estatal faz parte da cultura jurídica brasileira, a qual valoriza a “cultura da sentença”, ou seja, preza pela sentença estatal na resolução dos litígios. Em contrapartida, os métodos alternativos de solução de controvérsias prezam pelo sentimento de satisfação das partes e o restabelecimento do diálogo entre elas, originando mudanças estruturais e funcionais no Judiciário.

Nesse sentido, a mediação figura como meio alternativo de solução de conflitos, fazendo parte da história de diversas culturas, tais como a cristã, a islâmica, as diversas culturas indígenas, entre outras. Como leciona Luchiari (2012, p. 64), na Grécia Antiga já existiam as figuras dos “compositores amigáveis” e dos “guardiões da paz”, e, inspirados nestes, os chamados “foeciali” no Direito Romano, sacerdotes cuja função era pacificar o povo.

A partir do século XX, especialmente em programas escolares, comunitários e relações trabalhistas, a prática da mediação começou a ser institucionalizada em todo o mundo. No Brasil, por sua vez, a mediação surge nos anos de 1980, cuja atuação se dava inicialmente por psicólogos. Previsões legais mais recentes incentivaram e deram fundamentação legal a este instituto, concedendo-o maior visibilidade.

No Brasil, o Projeto de Lei nº 4.827/98, fruto da proposta da Deputada Zulaiê Cobra, foi uma das principais referências da busca pela normatização legal do instituto da mediação. O texto inicial tinha uma regulamentação breve, definindo a mediação e elencando algumas disposições sobre o tema. Em 2002 o projeto de lei foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e enviado ao Senado Federal, onde passou a ser conhecido como o PLC 94. O Ministério da Justiça realizou uma audiência pública e convidou a Deputada Zulaiê

Cobra, todos que colaboraram com ela para a elaboração do projeto, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e organizações sociais que tivessem relação com a mediação.

Um texto foi elaborado após tais diligências, sendo fruto de consenso com a Deputada e, posteriormente, foi solicitado ao relator do projeto no Senado Federal, o senador Pedro Simon, a apresentação do texto como substitutivo. Todavia, apesar de se basear no texto elaborado pelo IBDP, o substitutivo apresentado pelo senador continha alterações. No ano de 2004, em razão da chamada Reforma do Judiciário, com a Emenda Constitucional nº 45, foi necessário um novo relatório do PL 94, tendo em vista os diversos projetos de lei modificando o Código de Processo Civil apresentados pelo Governo Federal. Todavia, o projeto não avançou na Câmara dos Deputados, constando como paralisado desde abril de 2007. Outro projeto de lei que não conseguiu avançar foi o PLS 517, de 2011, cuja autoria pertence ao Senador Ricardo Ferraço, o qual permaneceu mais de dois anos a espera de debate.

Em consequente, foi editada a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe acerca da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos, priorizando a conciliação e a mediação judiciais, além de determinar a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, conhecidos como CEJUSC.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 2015, a mediação foi normatizada, cuja previsão dá grande destaque a esse método consensual de resolução de litígios. O novo CPC dispõe em seu art. 3º, §3º, que a mediação e outros métodos de solução consensual devem ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Vale mencionar, ainda, a Lei de Mediação, Lei nº 13.140/15, cujo conteúdo discorre amplamente sobre a mediação judicial e extrajudicial, estabelecendo regras para a mediação no âmbito do poder público.

Cumprе ressaltar a distinção entre mediação judicial e extrajudicial, pois na primeira a audiência de mediação é realizada por um mediador designado pelo juiz, não havendo necessidade prévia de aceitação das partes. A audiência será designada quando a petição inicial obedecer aos requisitos essenciais e não for caso de improcedência liminar do pedido, devendo as partes estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos, não sendo realizada a audiência apenas se ambas expressamente manifestarem que não possuem interesse na mediação ou quando não se admitir a autocomposição, como estabelece o art. 334, *caput*, §4º e §9º, NCPC/15. São mediadores judiciais os advogados com no mínimo três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas capacitados, devendo ser selecionados e inscritos no registro de mediadores das seccionais da OAB.

A mediação extrajudicial, por sua vez, corresponde à mediação solicitada espontaneamente pelas partes envolvidas no litígio. Nestes casos, o mediador será escolhido pelas partes, e não pelo juiz como na mediação judicial, recaindo sobre eles as hipóteses de impedimento e suspeição previstas no art. 145, NCPC/15. Outro aspecto que as distingue diz respeito às regras procedimentais, tendo em vista que as partes que estabelecem contratualmente as normas a serem obedecidas. No caso de não haver previamente disposição contratual completa entre as partes, deverão ser observados os critérios para a primeira audiência previstos no art. 22, §2º da Lei 13.140/15, quais sejam o prazo mínimo de dez dias úteis, e máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite para manifestação; um local adequado para uma reunião que possa envolver informações confidenciais; a elaboração de uma lista com cinco nomes de mediadores capacitados, assim, a parte convidada poderá escolher e, caso não se manifeste, será considerado o primeiro nome da lista; e, por fim, caso a parte convidada não compareça à primeira reunião de mediação, acarretará a aceitação do pagamento de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais se for a vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior envolvendo a finalidade para o qual foi convidado na mediação.

No que tange à conceituação da mediação, esta pode ser definida como um método de resolução de conflitos no qual as partes envolvidas recorrem a um terceiro imparcial, chamado mediador, a fim de que possam chegar a um acordo satisfatório para ambas as partes. Nesse sentido conceitua Vezzula (1994, p. 15):

A mediação é uma técnica de resolução de conflitos, não adversarial, que sem imposições de sentenças ou de laudos, e, com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo/onde as duas partes ganhem.

É possível perceber que o autor destaca a técnica não adversarial na mediação, isto ocorre porque este instituto busca fomentar a cooperação entre as partes, e, assim, quebrar o paradigma de que há um vencedor e um perdedor, sendo plenamente possível que ambas as partes sejam consideradas vencedoras, tendo em vista que estas podem chegar a um acordo satisfatório para todos os envolvidos na controvérsia.

Bacellar (2012, p. 108), por sua vez, esclarece:

Como uma primeira noção de mediação, pode-se dizer que, além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador (agente público ou privado) – que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou com

o menor desgaste possível), preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam.

Uma das importantes características acerca da mediação corresponde à busca pelo restabelecimento do diálogo entre os litigantes. Tendo em vista que a mediação é aplicável preferencialmente aos casos em que há um vínculo prévio entre as partes e, possivelmente, um vínculo futuro, é imprescindível que o mediador busque fortalecer as relações existentes entre os envolvidos.

Ademais, conceitua Vasconcelos (2008, p.37):

Mediação é um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto, imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito –, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo.

Tal qual destaca o autor, a atuação do mediador deve-se pautar na imparcialidade, na neutralidade e na independência, ou seja, o mediador não pode deixar que seus valores e princípios pessoais interfiram na mediação, visto que é um facilitador do diálogo entre as partes, logo, deve buscar o tratamento igualitário em suas condutas.

Acerca da mediação, o Manual de Mediação Judicial (2016, p.20) dispõe:

Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.

Desta forma, a mediação refere-se a um processo autocompositivo auxiliado por uma pessoa neutra ao conflito, que visa facilitar a negociação entre as partes com o objetivo de que estas possam restabelecer o diálogo e, se possível, chegarem a uma solução. É importante destacar que o mediador atua como um facilitador do diálogo entre as partes, devendo a imparcialidade nortear sempre sua atuação na mediação.

Atualmente existem três escolas clássicas cujo objetivo é orientar as formas de trabalhar a Mediação, são elas a Mediação da Escola de Harvard, a Mediação Circular-Narrativa e a Mediação Transformativa. A Mediação da Escola de Harvard, também conhecida como mediação linear ou clássica, considera que os princípios baseiam o processo de negociação e tem um processo linearmente estruturado em fases bem definidas, cujo objetivo é o restabelecimento da comunicação entre as partes para identificar os seus interesses encobertos e, assim, alcançar um acordo. A Mediação Circular-Narrativa, por sua vez, conhecida também como modelo de Sara Cobb, baseia-se na comunicação circular e

considera que o foco deve ser tanto nas pessoas, quanto no conflito, pois há uma inter-relação recíproca, não podendo ser vistos isoladamente. Por fim, a Mediação Transformativa, conhecida também como modelo de Bush e Floger, tem como objetivo a transformação da postura adversarial nas relações por uma postura colaborativa, refazendo os vínculos dos envolvidos e, como consequência natural, resultar ou não em um acordo (BACELLAR, 2012).

Destarte, é importante destacar que as referidas escolas prezam pelo restabelecimento do diálogo entre os envolvidos na controvérsia, bem como pela celebração de um acordo. Todavia, é possível distinguir a mediação da escola de Harvard e a mediação transformativa, pois na primeira o objetivo primordial é o acordo, ao tempo que na segunda o foco é a transformação dos conflitos para uma postura colaborativa entre as partes. Diante do exposto, torna-se perceptível a adoção da posição transformativa no decorrer do trabalho.

A mediação tem capacidade para atuar em controvérsias a qualquer momento, não necessariamente apenas no início da abordagem do conflito, fazendo-se necessário para tanto a disposição dos envolvidos a se submeterem ao tratamento consensual, mesmo que inicialmente tenha escolhido a via contenciosa. A Lei nº 13.140, arts. 2º e 3º, dispõe que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação, devendo, portanto, ser fruto de um ato volitivo das partes. A mediação será possível quando versar acerca de direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, sendo necessária, neste caso, a homologação em juízo e a oitiva do Ministério Público.

Dentre as inúmeras vantagens oriundas de tal instituto, pode-se destacar o sigilo, a celeridade, a economia dos gastos processuais, a redução do desgaste emocional, maior chance de adimplência, bem como maior qualidade no relacionamento posterior dos envolvidos no conflito, tendo em vista que a solução a ser encontrada será decorrente do diálogo entre eles. O processo de mediação pode ser uma ferramenta para aproximar as partes à discussão de questões de interesse mútuo, mediando os pontos convergentes e divergentes, atendo-se aos motivos que interferem na relação dos envolvidos.

Vezzulla (2001) destaca a importância de escutar atenciosamente os clientes, pois desta forma poderá ter conhecimento dos seus reais interesses e os meios de chegar a acordos que os respeitem. Muitas vezes os conflitos em si são confundidos com as pessoas envolvidas, nascendo uma espécie de rixa entre as partes e a consequente cultura adversarial, no qual se cria a ideia de que sempre um irá ganhar e o outro irá perder, impossibilitando a negociação direta. Conforme esclarece Vezzulla (2001), é imprescindível que o mediador possa identificar quando as partes confundem o problema com uma briga pessoal, bem como

quando o objetivo é apenas discutir entre eles. É fundamental que as partes foquem a discussão nos problemas e não nas pessoas envolvidas, buscando perpetrar respeito mútuo para realizar as negociações.

Em contrapartida a cultura adversarial, surge a necessidade de se abordar a cultura de paz, pautada em princípios e valores que possam ir além dos ideais de vencedor e perdedor. No tocante ao acesso à efetiva tutela jurisdicional, assevera Cappelletti (1988, p. 5):

O enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil. A discussão teórica, por exemplo, das várias regras do processo civil e de como elas podem ser manipuladas em várias situações hipotéticas pode ser instrutiva, mas, sob essas descrições neutras, costuma ocultar-se o modelo freqüentemente irreal de duas (ou mais) partes em igualdade de condições perante a corte, limitadas apenas pelos argumentos jurídicos que os experientes advogados possam alinhar. O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juízes precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a questões sociais (9), que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada (10) e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que freqüência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social.

Logo, a mediação tem se apresentado como uma alternativa interessante à resolução de conflitos, pois, além permitir que as partes decidam sobre seus interesses, busca restabelecer o diálogo entre elas, e, conseqüentemente, a relação futura dos envolvidos, reduzindo o desgaste emocional inerente ao conflito e a comunicação entre as partes. No mais, é um método mais rápido, flexível e informal que a via judicial, diminuindo os custos processuais, bem como permite que os participantes controlem os procedimentos, visto que parte dos próprios envolvidos a decisão de participar ou por fim à mediação.

2.2 DIFERENÇAS COM A CONCILIAÇÃO, ARBITRAGEM E NEGOCIAÇÃO

No que tange a distinção entre o instituto da mediação e os demais meios alternativos de resolução de disputas, cumpre ressaltar primeiramente o instituto da conciliação. Este tem origem morfológica derivada do latim *conciliatio*, cujo significado é atrair, harmonizar. A conciliação pode ser entendida como o meio alternativo de resolução de litígio no qual as partes buscam por fim à divergência de maneira consensual, distinguindo da mediação por não pressupor vínculo anterior entre as partes e o conciliador pode atuar mais incisivamente, propondo soluções a estas.

Nesse sentido, o novo Código de Processo Civil dispõe em seu artigo 165, §§ 2º e 3º, que na conciliação o conciliador atuará preferencialmente nos casos onde não haja um vínculo prévio entre as partes, podendo atuar mais ativamente no conflito, sugerindo soluções ao litígio. Em contrapartida, nos casos submetidos à mediação há preferencialmente vínculo anterior entre os envolvidos, atuando o mediador de forma neutra e imparcial, não podendo, desta forma, sugerir soluções.

Como destaca Tartuce (s.d., p. 10-11), apesar de tais diferenças apontadas pela doutrina, a diferenciação encontra variadas acepções em razão de abordagem em algumas escolas americanas acerca das modalidades facilitativa e avaliativa de mediação. Esta se refere ao meio de solução de conflitos em que o terceiro imparcial pode ser chamado pelas partes a opinar, podendo elaborar e sugerir a solução dos problemas, quando entender necessário. A modalidade facilitativa, por sua vez, corresponde ao procedimento de mediação no qual o mediador busca favorecer o diálogo entre as partes, bem como restabelecer a comunicação entre elas para que possam decidir a melhor solução.

Nota-se que a conciliação é um método não adversarial, tendo em vista que as partes atuam conjuntamente em busca de uma solução, sendo, portanto, um procedimento mais rápido se comparado ao processo judicial. Com o objetivo de apresentar o conflito às partes e, com o auxílio do facilitador, chamado conciliador, encontrar um resultado plausível para os envolvidos, a conciliação se mostra bastante eficiente nos casos em que as partes não possuem um vínculo prévio significativo e nem uma relação futura. Nestes casos, a eficiência do instituto encontra alicerce na desnecessidade de se preocupar com questões relativas à afetividade entre os envolvidos, visto que não há necessariamente um vínculo futuro e contínuo entre eles, sendo preferível buscar soluções imediatas para a controvérsia e, assim, evitar o desgaste do processo judicial.

Por esse ângulo leciona Vasconcelos (2008, p. 38):

A conciliação é um modelo de mediação focada no acordo. É apropriada para lidar com relações eventuais de consumo e outras relações casuais em que não prevalece o interesse comum de manter um relacionamento, mas apenas o objetivo de equacionar interesses materiais. Muito utilizada, tradicionalmente, junto ao Poder Judiciário, embora quase sempre de modo apenas intuitivo. [...] Portanto, a conciliação é uma atividade mediadora focada no acordo, qual seja, tem por objetivo central a obtenção de um acordo, com a particularidade de que o conciliador exerce uma autoridade hierárquica, toma iniciativas, faz recomendações, advertências e apresenta sugestões, com vistas à conciliação.

Na conciliação, os conciliadores exercem um papel fundamental, devendo, portanto, estar devidamente capacitado. Como esclarece Vezzula (2001, p.16), é necessário que o

profissional tenha conhecimento das técnicas, haja de maneira imparcial e pratique a escuta ativa. Destarte, tal mecanismo preza por um acordo satisfatório e consciente.

No tocante à arbitragem, Bacellar (2012, p. 120), leciona que a primeira regulamentação deste mecanismo foi na Constituição Imperial de 1824, a qual possibilitava que, nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, as partes poderiam nomear juízes árbitros. Atualmente, a arbitragem é regulamentada pela Lei nº 9.307/96, a Lei de Arbitragem, que sofreu alteração pela Lei nº 13.129/2015, cujo objetivo diz respeito à ampliação da aplicação da arbitragem, a disposição acerca da escolha dos árbitros quando as partes recorrem ao órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral.

A arbitragem pode ser definida como um meio para a solução de controvérsias no qual uma ou mais pessoas recebem poderes oriundos de uma convenção privada para solucionar o litígio. Neste caso, diferentemente do que ocorre na mediação, o terceiro colhe provas, argumentos e decide mediante laudo ou sentença arbitral irrecorrível, e não como mero facilitador do diálogo entre os envolvidos, como ocorre na mediação (VASCONCELOS, 2008).

O Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 13), esclarece:

A arbitragem pode ser definida como um processo eminentemente privado – isto porque existem arbitragens internacionais públicas –, nas qual as partes ou interessados buscam o auxílio de um terceiro, neutro ao conflito, ou de um painel de pessoas sem interesse na causa, para, após um devido procedimento, prolatar uma decisão (*sentença arbitral*) visando encerrar a disputa. Trata-se de um processo, em regra, vinculante, em que ambas as partes são colocadas diante de um árbitro ou um grupo de árbitros. Como regra, ouvem-se testemunhas e analisam-se documentos. Os árbitros estudam os argumentos dos advogados antes de tomarem uma decisão. Usualmente, em razão dos custos, apenas causas de maior valor em controvérsia são submetidas à arbitragem e os procedimentos podem durar diversos meses

Torna-se perceptível, desta forma, que a arbitragem refere-se a uma heterocomposição privada, cuja característica principal corresponde a coercibilidade e a capacidade de solucionar o conflito que envolva direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles relativos a bens que possuem valor econômico e podem ser objeto de compra e venda, doação, permuta, etc. Conforme dispõe o art. 2º, §§1º e 3º, da Lei nº 9.307/96, a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, ficando a critério das partes a escolha, salvo quando envolver a administração pública, tendo em vista que nestes casos deverá ser sempre de direito. Ademais, as regras aplicáveis à arbitragem também ficarão sob a escolha das partes envolvidas, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública.

Assim ensina Vasconcelos (2008, p. 39) acerca da arbitragem:

Trata-se de instituto com duas naturezas jurídicas que se completam: a contratual e a jurisdicional. Pelo contrato as pessoas optam por se vincular a uma jurisdição privada, sujeita, no entanto, a princípios de ordem pública, como os da independência, da imparcialidade, do livre convencimento do árbitro, do contraditório e da igualdade. Assim, a arbitragem pressupõe a livre opção das partes (autonomia da vontade) por meio de uma convenção de arbitragem – cláusula contratual denominada “compromissória”, firmada antes do surgimento de qualquer conflito, ou “compromisso arbitral”, quando já há conflito e as partes, de comum acordo, decidem solucioná-lo por intermédio de arbitragem. Firmada a convenção de arbitragem, as partes ficam irrevogavelmente vinculadas à jurisdição arbitral, consoante regulamento previamente aceito, podendo contar com o apoio de instituição arbitral especializada na administração desse procedimento.

Portanto, a arbitragem se refere ao meio alternativo de resolução de controvérsias no qual as partes podem escolher árbitros especializados para atuar no litígio. Faz-se mister destacar também a rapidez desse procedimento, isto porque não se admite recurso à outras instâncias, produzindo a sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, conforme dispõe o art. 31, da Lei 9.307/96.

No que concerne à negociação, Bacellar (2012, p. 162) ensina:

Negociação é um processo e uma técnica destinada a resolver diretamente divergências de interesses e percepções que tem por objetivo criar, manter ou evoluir um relacionamento baseado na confiança, gerando ou renovando compromissos múltiplos e facilitando a formulação de opções e proposições para um acordo ou de novos acordos.

Logo, a negociação preza por uma negociação direta entre os interessados na resolução da controvérsia, podendo ocorrer, excepcionalmente, o auxílio de um terceiro neutro e pacificador quando a negociação direta tornar-se inviável. Nesse sentido, nota-se a distinção principal entre a negociação e a mediação, tendo em vista que neste há o auxílio de um terceiro imparcial, cuja atuação pauta-se na facilitação do diálogo entre as partes, ao tempo que na negociação a figura do terceiro imparcial só aparece em casos excepcionais, quando a negociação direta entre os interessados não se torna possível.

2.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À MEDIAÇÃO

Os princípios norteadores da mediação encontram-se elencados no ordenamento jurídico brasileiro em diversos dispositivos legais. A Lei nº 13.140/15, Lei de Mediação, estabelece em seu art. 2º os princípios orientadores da mediação, quais sejam a imparcialidade do mediador, a isonomia entre as partes, a oralidade, a informalidade, a autonomia da vontade das partes, a busca do consenso, a confidencialidade e a boa-fé.

O NCPC/15, Lei nº 13.105/15, por sua vez, dispõe em seu art. 166 acerca dos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. O art. 1º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, anexo III, da Resolução nº 125 do CNJ, esclarece que são princípios fundamentais que regem a atuação dos mediadores judiciais a confidencialidade, a decisão informada, a competência, a imparcialidade, a independência e autonomia, o respeito à ordem pública e às leis vigentes, o empoderamento e a validação.

Por fim, o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 250-253) destaca os princípios da neutralidade e imparcialidade de intervenção, da consciência relativa ao processo, do consensualismo processual, da decisão informada, da confidencialidade, do empoderamento, da validação e da simplicidade, estabelecendo tais princípios como rol exemplificativo, não se propondo a exauri-los.

2.3.1 Princípios da imparcialidade, independência e autonomia

De acordo com o princípio da imparcialidade o mediador tem o dever de atuar sem favoritismo, preferência ou preconceito, não permitindo que seus valores pessoais intervenham na mediação. Desta forma, é importante que o mediador compreenda a realidade dos envolvidos no conflito, a fim de que possa atuar da melhor forma para solução da controvérsia, não sendo permitida a troca de favores ou presentes.

No exercício do ofício, cabe ao mediador proceder de maneira desvinculada de suas concepções étnicas ou sociais, abstendo-se de favorecer uma das partes no curso da autocomposição (MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, 2016). Nesse sentido, os mediandos têm direito ao tratamento igualitário, vedada qualquer forma de favorecimento ou discriminação.

Conforme esclarece Vasconcelos (2008, p. 105-106), o princípio da imparcialidade se distingue do princípio da independência em razão do caráter objetivo deste. Na independência o mediador ou facilitador não pode ser parente, dependente, amigo íntimo ou ter algum vínculo prévio com algum dos envolvidos no conflito. Na imparcialidade há predominância do caráter subjetivo, no qual a conduta do mediador não pode comprometer seu dever de atuar de maneira igualitária na mediação.

Ademais, o princípio da independência preza por um ambiente que privilegie a autonomia, devendo os interessados compor por livre vontade, inclusive abrir mão de parte de seus direitos para solucionar o conflito, tendo em vista que a solução é fruto do diálogo entre

os próprios litigantes, cuja autonomia encontra-se assegurada a fim de que possam tentar chegar a uma solução adequada para ambos.

O art. 1º, inciso V, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, Anexo III, da Resolução nº 125 do CNJ, ao dispor acerca da independência e autonomia, dispõe que o mediador judicial tem o dever de atuar com liberdade e poderá recusar, suspender ou interromper a sessão se estiverem ausentes as condições necessárias para o prosseguimento da audiência de mediação, não sendo obrigatório que este redija acordo ilegal ou inexecutável. Este mesmo dispositivo, em seu art. 2º, II, leciona que no procedimento da mediação devem-se respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, a fim de que estes possam chegar, se tiverem interesse, a uma decisão voluntária e livre durante ou ao final do processo.

2.3.2 Princípio da isonomia

Conforme leciona Mori (2007, p. 40):

A igualdade no tratamento dispensado às partes é aquela que busca afastar o inevitável desequilíbrio das relações entre as partes, que é motivada por razões de natureza social, cultural e econômica. São necessários meios que propiciem a compensação das desigualdades verificadas no plano prático, com objetivo de oferecer às partes igualdade material de oportunidades. Portanto, não se trata aqui da igualdade meramente formal, evidenciada por textos legais prevendo identidade de direitos e de deveres, mas de observância da igualdade material, que considere as condições concretas sob as quais as partes exercem seus direitos e deveres.

Assim, todos os iguais deverão ser tratados de maneira igualitária e os desiguais de maneira diferenciada na medida de sua desigualdade. Compete ao mediador possibilitar que ambas as partes possam se manifestar em igualdade de oportunidade.

2.3.3 Princípios da confidencialidade e o respeito à ordem pública e às leis vigentes

O Manual de Mediação Judicial (2016, p. 252) esclarece que a confidencialidade corresponde à vedação a utilização das informações prestadas durante a autocomposição em outros processos judiciais, nem tampouco poderá ser apresentada como provas em um possível julgamento do caso ou em outros processos judiciais. O mediador não poderá atuar como testemunha a respeito de algum fato relacionado com o seu ofício. Esclarece Tartuce (s.d., p. 12):

Como exposto, a preservação do sigilo visa assegurar que, caso não alcançado um acordo na tentativa de autocomposição, os envolvidos não sejam prejudicados por terem participado e exposto eventuais fatos desfavoráveis. Assim, é essencial que o juiz não seja o condutor do meio consensual também porque, se infrutífera a via consensual, ele precisará julgar a demanda; como o fará sem considerar o que ouvira durante as sessões?

É importante ressaltar que quaisquer envolvidos que participem ou observem a mediação devem respeitar o sigilo das informações fornecidas. O ambiente no qual se realiza a mediação precisa assegurar confiança, a fim de que a autocomposição possa ocorrer da melhor maneira possível. Assim, o princípio da confidencialidade pressupõe que as revelações ocorridas na mediação não poderão ser utilizadas em outro ambiente, seja judicial ou não, sem a anuência prévia de ambos os mediandos (VASCONCELOS, 2008). O inciso I, art. 1º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, Anexo III, da Resolução nº 125 do CNJ, dispõe que só será possível a quebra do sigilo sobre as informações obtidas na sessão em caso de autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes.

Desta forma, percebe-se que há o dever de velar para que os acordos realizados entre os envolvidos no litígio não violem a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes, pois, como mencionado anteriormente, possibilitam a quebra da confidencialidade.

2.3.4 Princípios da informalidade, simplicidade e oralidade

O princípio da informalidade significa que os procedimentos da mediação dispensam maiores formalidades, sendo considerados mais simples, no qual a oralidade é valorizada, e, assim, a maior parte das intervenções se dá através do diálogo. A oralidade tende a facilitar a atuação do mediador na condução da mediação.

De acordo com Dias e Faria (2015, p. 15), a informalidade corresponde a um instrumento necessário para que haja um bom andamento das audiências de mediação, tendo em vista que o excesso de formalismo pode dificultar os procedimentos. Todavia, é imprescindível que o mediador zele pela aplicação dos princípios que norteia os procedimentos de mediação.

O Manual de Mediação Judicial (2016, p.253) esclarece acerca do princípio da simplicidade, segundo o qual busca-se a desburocratização das formas e o aproveitamento dos atos que não comprometam o fim almejado, ou seja, o procedimento deve ser simples, natural, sem aparato, franco e espontâneo, objetivando que os envolvidos possam ficar mais a vontade para exporem seus objetivos.

2.3.5 Princípio da boa-fé

O princípio da boa-fé encontra fundamento na valorização da pessoa humana, priorizando a equidade e os critérios éticos. Mori (2007, p. 28) ensina:

Enquanto meios para solução de litígios, os processos de mediação e de conciliação devem observar, portanto, o princípio da boa-fé em todas as suas fases, desde a escolha do processo até o final cumprimento do acordo por ele obtido.

O princípio da boa-fé deve reger todos os atos daqueles que participam do processo, nomeadamente as partes e o terceiro conciliador ou mediador. Estes se obrigam a agir com lealdade e probidade, tanto na exposição dos fatos com observância da verdade, quanto no comportamento tendente à efetiva solução do litígio, com observância do respeito mútuo e da retidão de comportamento. Não se admitem comportamentos meramente dilatórios. Percebe-se mesmo que este princípio está relacionado com a colaboração das partes.

A doutrina divide a boa-fé em objetiva e subjetiva. O caráter subjetivo está relacionado à intenção do sujeito na relação jurídica, ao tempo que o caráter objetivo diz respeito ao dever de agir com honestidade, lealdade e probidade, exigível pelo modelo de conduta social. No âmbito da mediação, a boa-fé exige a observância de tais deveres éticos por todos os envolvidos, vedando ações voltadas exclusivamente à protelação do processo, a falta com a verdade, entre outras condutas que se pautarem na má-fé.

2.3.6 Princípio da decisão informada

O referido princípio consiste no dever que o mediador judicial tem de manter o jurisdicionado plenamente informado no tocante aos seus direitos e fatos que envolvem o conflito no qual está inserido. Destarte, o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 251) dispõe que este princípio estabelece que a plena consciência das partes no que diz respeito aos seus direitos e a realidade fática do conflito é condição de legitimidade para a autocomposição.

Logo, se as partes abdicarem eventualmente a um direito para solucionar uma disputa, esta só será legítima se tiverem plena consciência quanto à existência deste seu direito renunciado. Ademais, ressalta-se que o mediador deve aplicar técnicas específicas que possam auxiliar as partes a utilizarem o processo autocompositivo da melhor maneira possível.

2.3.7 Princípios do empoderamento e da validação

No que tange ao princípio do empoderamento, este corresponde a capacitação as partes, ou seja, o ensino de técnicas de negociação e resolução de conflitos para que os envolvidos possam compor por si só possíveis conflitos futuros. Assim, o princípio do empoderamento preza por um caráter educativo no processo autocompositivo, a fim de que as partes possam compor controvérsias futuras. Corrobora o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 253):

Nesse contexto, o princípio do empoderamento estabelece a necessidade de haver um componente educativo no desenvolvimento do processo autocompositivo que possa ser utilizado pelas partes em suas relações futuras. Considerando que o mediador estabelece uma relação com as partes de modo a estimular a comunicação, espera-se em razão do princípio do empoderamento que, após uma adequada autocomposição, as partes tenham aprendido, ainda que parcialmente, algum conjunto de técnicas de negociação e aperfeiçoado as suas formas de comunicação tornando-a mais eficiente inclusive em outros contextos.

O art. 1º, inciso VII, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, Anexo III, da Resolução nº 125 do CNJ, dispõe ser dever do mediador judicial estimular os interessados a aprenderem como resolver melhor seus conflitos futuros, tendo em vista a experiência vivenciada na autocomposição.

O inciso VIII, do referido dispositivo, dispõe acerca do princípio da validação. Este significa que o mediador judicial tem o dever de estimular os interessados a perceberem uns aos outros como merecedores de atenção e respeito. Logo, esclarece o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 253):

A participação de um terceiro neutro ao conflito no decorrer do processo direciona cada parte para que tome consciência dos seus interesses, sentimentos, necessidades, desejos e valores, e para que cada uma venha a entender como e porque algumas das soluções ventiladas satisfazem ou não as suas necessidades. Nessa linha, estando ausentes a conscientização ou a compreensão desses valores, as partes estarão menos dispostas e aptas a criar soluções ou a sugerir propostas. Ademais, ao instruir as partes sobre a melhor maneira de se comunicar, de examinar as questões controvertidas e de negociar com a outra parte, o terceiro neutro ao conflito está capacitando (ou empoderando) as partes, habilitando-as a lidar não somente com o conflito em análise, mas também com futuras controvérsias.

Desta forma, preza-se por uma maior humanização do processo de mediação, observando a necessidade de se reconhecer mutuamente os interesses e sentimentos do envolvidos no conflito a fim de que haja maior compreensão e empatia entre estes. A mediação pode refletir diretamente na maneira como as partes lidarão com as eventuais controvérsias que possam surgir futuramente, sendo imprescindível a capacitação e empoderamento dos envolvidos na divergência.

2.3.8 Princípio da competência

Conforme leciona o art. 1º, inciso III, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, Anexo III, da Resolução nº 125 do CNJ, o princípio da competência corresponde ao dever de possuir qualificação que habilite o mediador judicial a atuar judicialmente, observando a capacitação prevista na referida resolução e a necessidade de reciclagem periódica obrigatória para a formação continuada.

O mediador precisa ter conhecimentos técnicos acerca da resolução de controvérsias a fim de que possa aplicá-los de maneira eficiente na mediação. É imprescindível a necessidade de capacitação do mediador para que possa atuar da melhor forma possível, isto porque este lida, além de tudo, com os sentimentos dos envolvidos.

Ademais, o NCPC/15, art. 167, §1º, dispõe que o mediador poderá requerer inscrição no cadastro nacional, cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal desde que possua certificado da capacitação, por meio de curso realizado por entidade credenciada, em conformidade com o parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

2.3.9 Princípio da consciência relativa ao processo

O princípio da consciência relativa ao processo significa que as partes devem compreender as consequências de sua participação na autocomposição e a liberdade que detêm de encerrar a mediação no momento que desejar. O Manual de Mediação Judicial (2016, p. 251) ensina:

Como corolário, por esse princípio recomenda-se que as partes sejam estimuladas a tratarem a autocomposição como uma efetiva oportunidade para se comunicarem de forma franca e direta, pois, considerando a confidencialidade do que é debatido em mediação, elas somente têm a ganhar com essa comunicação aberta. Cabe registrar que, em especial em autocomposições forenses, ante a aproximação com a estrutura estatal, muitas partes demonstram receio de que o mediador conte ao magistrado os pontos materiais debatidos na mediação e, devido a essa equivocada percepção, frequentemente se abstêm de os exprimirem com franqueza ou veracidade. Diante de uma situação como esta exemplificada, cabe ao(s) mediador(es) explicar adequadamente o funcionamento do processo de mediação e assegurar às partes a confidencialidade da autocomposição para que elas possam desenvolver adequada consciência quanto a esse processo autocompositivo.

Assim, torna-se perceptível a importância das partes estarem conscientes acerca dos seus direitos, bem como as possíveis consequências que a sua atuação no processo de

mediação pode acarretar para si e para os demais envolvidos. O conhecimento acerca da autocomposição pode influenciar, inclusive, no desenvolver da mediação, isto porque as partes poderão se sentir mais confortáveis para atuar, dialogar e, se desejarem, chegar a uma solução para o conflito.

3 A MEDIAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO ATUAL

No que tange aos diplomas legais que tratam acerca da mediação no Brasil, pode-se destacar a Resolução nº 125 do CNJ, o Novo Código de Processo Civil, a Lei de Mediação (Lei 13.140/15). Acerca do referido tema, é também possível utilizar como fundamento o Manual de Mediação Judicial, cujo teor aborda os conceitos, princípios e diretrizes que norteiam a mediação no Brasil.

3.1 A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA (Resolução nº 125 do CNJ)

O Conselho Nacional de Justiça na Resolução nº 125/2010 dispõe acerca da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse na seara do Poder Judiciário, devendo ser observado a natureza e peculiaridade que envolvem os conflitos. A criação da referida resolução partiu do pressuposto de que é competência do Poder Judiciário dispor a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, não importando se são heterocompositivos ou autocompositivos (MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, 2016).

Ademais, ensina o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 37):

Desde a década de 1990, houve estímulos na legislação processual à autocomposição, acompanhada na década seguinte de diversos projetos piloto nos mais diversos campos da autocomposição: mediação civil, mediação comunitária, mediação vítima-ofensor (ou mediação penal), conciliação previdenciária, conciliação em desapropriações, entre muitos outros [...]

Nesse sentido, diante dos resultados positivos desses projetos piloto e diante da patente necessidade de se estabelecer uma política pública nacional em resolução adequada de conflitos o Conselho Nacional de Justiça aprovou em 29 de novembro de 2010 a Resolução 125.

Como assevera Bacellar (2012, p. 70), os profissionais do direito, carecem, por vezes, de conhecimentos específicos sobre os conflitos, suas motivações, as formas consensuais e autocompositivas, visto que a lide e outras desavenças fazem parte de seu dia a dia. É importante destacar que o papel fundamental do direito é a harmonização dos interesses e a paz social, sendo, portanto, relevante a consolidação no Brasil de políticas públicas voltadas ao incetivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Nesse sentido ensina ZAMBONI (2016, p. 69-70):

A partir da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, o Judiciário passou a ser encarado como um centro gestor de conflitos, responsável por gerenciar a

política pública para adequado tratamento dos conflitos de interesses surgidos em sociedade. Todavia, os desafios não se esgotam apenas com a estruturação de uma política pública nacional para tratamento dos conflitos ou pela aprovação de um sistema normativo por uma série de leis – inclusive não é essa a visão dos proponentes da política pública. [...]

A problematização é mais expressa nas palavras de Valeria Ferioli Lagrasta Luchiari. Segundo a autora, a formação dos profissionais do Direito é voltada ao litígio, de forma que a transformação da mentalidade depende da “cooperação das instituições públicas e privadas da área do ensino”, com estímulos à criação de disciplinas voltadas ao ensino dos mecanismos consensuais, bem como pela inclusão de tais conhecimentos, na formação dos juízes e como o critério de progressão funcional. Por fim, dever-se-ia divulgar esses conhecimentos na sociedade, por meio de cursos e palestras, atingindo a toda a população.

É possível observar que a Resolução nº 125 do CNJ tem o objetivo de difundir a cultura da paz e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade, além de incentivar os tribunais a desenvolverem programas de autocomposição e implantar políticas públicas, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelo Estado, a exemplo da sobrecarga dos tribunais, altos custos processuais, morosidade, formalismo excessivo, entre outros.

Ao ressaltar que o direito de acesso à justiça garantido constitucionalmente no art. 5º, XXXV, da CFRB/88¹, está relacionado ao acesso à ordem jurídica justa, o CNJ implementou a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, cujas razões correspondem à redução de congestionamento dos tribunais e da excessiva judicialização de conflitos; a oferta de outros instrumentos de pacificação social no tocante à solução e prevenção de litígios; o estímulo e aprimoramento de práticas de resolução de conflitos já existentes nos tribunais; a uniformização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos e a disseminação da cultura de paz (BACELLAR, 2012).

Diante do exposto, o art. 7º, da Resolução nº 125 do CNJ, dispõe sobre a necessidade da criação de Núcleos de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos pelos tribunais, respeitado o prazo de 30 (trinta) dias, cujas atribuições correspondem, dentre outras, a instalação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania onde serão realizadas as sessões de mediação sob responsabilidade de mediadores dos órgãos por eles abrangidos, bem como o incentivo à capacitação e atualização permanente dos magistrados, servidores, conciliadores e mediadores acerca dos métodos consensuais de solução de conflitos, aplicando-se aos conciliadores e mediadores, ainda que seja das Câmaras Privadas de

¹ Art. 5º, XXXV, CRFB/88:

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Conciliação, as regras de impedimento e suspeição em consonância com o art. 148, II, do NCPC².

Por sua vez, o art. 8º da Resolução em análise cria os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, cujo objetivo primordial consiste em realizar sessões de audiências de conciliação e mediação do Tribunal, além de atender e orientar o cidadão. O §3º do artigo em comento, possibilita a implantação da Mediação itinerante pelos tribunais enquanto não houver Centros instalados.

Quanto às sessões de mediação pré-processuais, o art. 8º, §1º, da Resolução nº 125 do CNJ dispõe que estas deverão ser realizadas nos Centros, podendo, as mediações judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que sejam realizadas pelos mediadores cadastrados pelo tribunal e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro. Logo, ainda que as demandas já tenham sido distribuídas, podem ser encaminhadas para os Centros com a finalidade de apoiar os Juízos, Juizados e Varas nas suas conciliações e mediações.

No ano de 2016 a Resolução nº 125 do CNJ foi atualizada pela Emenda 2 a fim de que se adequasse à Lei de Mediação (Lei nº 13.140/15) e ao Novo Código de Processo Civil. Dentre as inovações, pode-se citar a criação do Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores (CNMJC), que irá conter informações concernentes às avaliações realizadas pelas partes sobre as Câmaras, conciliadores e mediadores, a fim de que seja facilitado o processo de escolha de mediadores. Desta forma, os futuros usuários poderão consultar as avaliações realizadas pelas partes e advogados acerca da prestação de serviço da mediação, estimulando sua melhoria contínua.

Outra inovação introduzida pela Emenda 2 corresponde a valorização dos Fóruns de Coordenadores de NUPEMECs, no qual os enunciados do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação (FONAMEC) e o Fórum Nacional de Conciliação da Justiça Federal, se aprovados pela Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania, terão força normativa como se integrassem a Resolução nº 125 do CNJ (MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, 2016).

Ademais, torna-se perceptível a necessidade dos operadores do direito atuarem de modo a garantir uma harmonização social, como leciona o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 41):

² Art. 148, II, NCPC/15:

Art. 148. Aplicam-se os motivos de impedimento e de suspeição:
II – aos auxiliares da justiça;

Com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, começa-se a criar a necessidade de tribunais e magistrados abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivos pacificadores – a pergunta recorrente no Poder Judiciário deixou de ser “como devo sentenciar em tempo hábil” e passou a ser “como devo abordar essa questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo”. Assim, as perspectivas metodológicas da administração da justiça refletem uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um pacificador – mesmo em processos heterocompositivos, pois passa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do sistema de resolução de conflitos.

Assim, percebe-se que o efetivo acesso à justiça encontra-se mais relacionado com a satisfação do jurisdicionado na resolução do conflito, do que com o mero acesso ao poder judiciário, tendo relevância para tal a participação adequada do Estado.

3.2 A MEDIAÇÃO COMO FASE OU ATO PROCESSUAL NO NOVO CPC

O Novo Código de Processo Civil trouxe importantes inovações ao ordenamento jurídico brasileiro no que diz respeito as formas consensuais de resolução de conflitos, dentre as quais encontra-se o instituto da Mediação. Em seu art. 3º, §§2º e 3º³, torna-se evidente a importância do Estado promover a solução consensual dos conflitos sempre que for possível, além de dispor que deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos.

No art. 139, V, o NCPC/15, afirma que o juiz deverá dirigir o processo em conformidade com as disposições do referido Código, cabendo-lhe promover a autocomposição a qualquer momento, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.

Ademais, em toda sua Seção V, do Capítulo III, do Título IV, há previsão a respeito do papel dos mediadores e conciliadores judiciais enquanto auxiliares da Justiça, sendo também aplicáveis as outras formas de mediação extrajudicial vinculadas a órgãos insitucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, e, no que couber, às

³ Art. 3º, §§2º e 3º, NCPC/15:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

câmaras privadas de mediação (art. 175, *caput* e parágrafo único, NCPC/15). O art. 166, §4º, do NCPC/15 prevê que a mediação e a conciliação serão regidas livremente de acordo com a autonomia dos interessados, inclusive as regras procedimentais. Em consonância com o dispositivo, as partes poderão escolher em comum acordo o mediador, cadastrado ou não no tribunal, ou a câmara privada de mediação, entretanto, não havendo concordância entre as partes, haverá distribuição entre os mediadores cadastrados no tribunal (art. 168, §§1º e 2º, NCPC/15). Se houver impedimento, cabe ao mediador comunicar imediatamente e devolver os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo ser realizada uma nova distribuição (art. 170, NCPC/15). O mediador não poderá assessorar, representar ou patrocinar qualquer uma das partes pelo prazo de um ano contado da última audiência que atuou (art. 172, NCPC/15).

O art. 334, *caput*, NCPC/15, dispõe que será designada uma audiência de conciliação ou mediação com antecedência mínima de 30 dias se a petição inicial atender a todos os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, devendo o réu ser citado pelo menos 20 dias antes de sua realização. Cumpre ressaltar que também será indicada na petição inicial a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou mediação, conforme dispõe o art. 319, VII, do NCPC/15. Apesar de parte da doutrina considerar que tais audiências são essenciais para a pacificação social e a efetivação da tutela jurisdicional, há outra parte de doutrinadores que considera insuficiente na prática essa alteração legislativa em razão da crise estrutural do Judiciário e a falta de recursos humanos, materiais e tecnológicos para sua efetivação (HABERMANN, 2016). Não obstante, é importante a redefinição do papel do poder judiciário na sociedade, destacando com maior relevância seu caráter mais harmonizador.

Todavia, a audiência deixará de ser realizada se o autor manifestar seu desinteresse ou, ainda, se o réu manifestar-se contra sua realização, como esclarece BUENO (2015, p.261-262):

Se o autor manifestar, desde logo, sobre seu desinteresse naquela audiência, o réu será citado para apresentar contestação (art. 335, III). Não há sentido em designar aquela audiência nos casos em que o autor, desde logo, indica seu desinteresse na conciliação ou na mediação [...]. De outra parte, ainda que o autor nada diga a respeito (quando se presume sua concordância com a designação da audiência consoante se extrai do § 5º do art. 334), pode ocorrer de o réu manifestar-se, como lhe permite o mesmo dispositivo, contra sua realização, hipótese em que a audiência inicialmente marcada será cancelada, abrindo-se o prazo para o réu apresentar sua contestação, como determina o inciso II do art. 335.

O NCPC/15, em seu art. 334, §2º, esclarece que há a possibilidade de se realizar mais de uma sessão de mediação desde que necessárias à composição das partes, não sendo

permitido, todavia, que se ultrapasse dois meses contados da data da primeira sessão. Há casos em que a audiência de mediação não será realizada, quando ambas as partes manifestarem expresamente desinteresse ou quando não se admitir a autocomposição (art. 334, §4º, I e II, NCPC/15) e, se for caso de litisconsórcio, o desinteresse pela audiência de mediação deve ser manifestado por todos os litisconsortes (art. 334, §6º, NCPC/15).

Na audiência de mediação as partes deverão estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos, a qual poderá ser realizada por meio eletrônico, nos termos da lei, sendo a autocomposição reduzida a termo e homologada por sentença, conforme dispõe o art. 334, §§ 7º, 9º e 11, do NCPC/15.

É importante ressaltar que os processos autocompositivos possuem peculiaridades e distinções se comparados aos processos heterocompositivos. O Manual de Mediação Judicial (2016, p. 29-30) esclarece a necessidade de se observar tais características intrínsecas aos processos autocompositivos, pois reflete diretamente na gestão e encaminhamentos desses processos, como pode se observar:

Assim, de um lado, o legislador cumpriu, ao menos em boa parte, o seu dever ao enfatizar a importância dos meios consensuais no sistema processual. Por outro lado, cabe destacar que a autocomposição requer interpretações próprias das normas positivadas uma vez que parte de premissas distintas da heterocomposição.

No tocante as distinções entre os processos de autocomposição e heterocomposição, são possíveis elencar algumas características. A autocomposição se preocupa com o futuro da relação entre os envolvidos, sendo, portanto, prospectivos, ao tempo que a heterocomposição preocupa-se com os fatos passados, retrospectivos. Outro ponto distintivo diz respeito ao foco, pois na autocomposição, em linhas gerais, o foco predominante é nas soluções, nas melhores saídas que possam atender aos interesses dos envolvidos no conflito, enquanto na heterocomposição o foco é na culpa. A abordagem da controvérsia no processo autocompositivo preza pela colaboração entre as partes, o que, em regra, não acontece nos processos heterocompositivos, tendo em vista que neste há presunção de que pode haver um vencedor e um perdedor no conflito. Na autocomposição parte-se da premissa de que a justiça é um valor construído pelas próprias partes, sendo considerado um processo mais humanizado, já na heterocomposição, a justiça decorre da adequada aplicação da regra procedimental normatizada, portanto, um processo positivado (MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, 2016). Em consequente, acerca do monismo e pluralismo, assevera o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 31):

Processos autocompositivos desafiam posições singularistas de que para cada conflito de interesse só pode haver uma solução correta — a do magistrado, que sendo mantida ou reformada em grau recursal, torna-se a “verdadeira solução” para o caso. A ideia de que o jurisdicionado, quando busca o Poder Judiciário, o faz na ânsia de receber a solução de um terceiro para suas questões vem progressivamente sendo alterada para uma visão de Estado que oriente as partes para que resolvam de forma mais consensual e amigável seus próprios conflitos e, apenas excepcionalmente, como última hipótese, se decidirá em substituição às partes. Assim, na autocomposição, podem existir diversas respostas concomitantemente corretas (e legítimas) para uma mesma questão. Nessa hipótese, cabe às partes construir a solução para suas próprias questões e, assim, encontrarem a resposta que melhor se adeque ao seu contexto fático.

Torna-se perceptível que o conceito de acesso à justiça vem se atualizando, não sendo uma característica pertencente exclusivamente ao Poder Judiciário, mas também às alternativas consensuais de solução de conflitos. Ademais, na autocomposição há maior predominância de uma linguagem mais simplificada para atender às necessidades dos usuários, como forma de tornar o ambiente mais confortável para sua participação, pois, ao contrário do que ocorre nos processos heterocompositivos, no qual há predominância da atuação dos operadores do direito, na autocomposição espera-se, em regra, participação ativa dos envolvidos, sendo papel dos advogados orientá-los em relação aos seus direitos e auxiliar na busca por soluções (MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, 2016).

Desta forma, percebe-se que as modificações apresentadas buscam perpetrar no âmbito processual brasileiro a concepção de que a Justiça é a *ultima ratio* para solucionar os conflitos, sendo promissor buscar meios autocompositivos que dispensem a manifestação do Poder Judiciário como a única e melhor decisão para a controvérsia (CORRÊA DE SOUZA, 2015).

3.3 LEI DE MEDIAÇÃO (Lei nº 13.140/15)

A Lei 13.140, de 26 de junho de 2015, dispõe a respeito da mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, bem como acerca da autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Inicialmente, no parágrafo único do art.1º, tem-se a definição de mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Ao abordar acerca da Lei de Mediação, ensina Paulo Afonso Brum Vaz (2015, p. 1):

A primeira observação é no sentido da importância que representa estabelecer um marco regulatório para a mediação e a conciliação judicial e extrajudicial, enquanto movimento global que converge para uma revolução paradigmática na forma de solucionar os conflitos sociais. Trata-se de uma nova cultura cujo pressuposto é o deslocamento da justiça estatal para a autocomposição. É outra chance, diante do insucesso da aposta no Estado como única e soberana instância, para o resgate da autonomia e da responsabilidade dos indivíduos na solução dos seus conflitos e um remédio para a crise de funcionamento do aparato judicial.

Logo, torna-se evidente o papel importante da Lei de Mediação no que tange à normatização do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, concedendo, consequentemente, respaldo legal. A mediação pode tratar a respeito de todo o conflito ou parte dele, podendo ser objeto controvérsias que envolvam direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, neste último caso é necessária homologação em juízo, bem como a oitiva do Ministério Público, conforme leciona o art. 3º, *caput*, §§ 1º e 2º. Nos contratos, é possível que haja cláusula de mediação, assim, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação, todavia, ninguém será obrigado a permanecer neste procedimento, desta forma, se ambas as partes não concordarem com a sua continuidade, o procedimento poderá ser encerrado (art. 2º, §§1º e 2º).

Aos mediadores são aplicadas as mesmas hipóteses de impedimento e suspeição do juiz, sendo equiparados a servidores públicos, para efeitos da legislação penal, quando no exercício de duas funções ou em razão delas, em conformidade com os arts. 5º e 8º do dispositivo em análise. No que tange aos mediadores extrajudiciais, a Lei de Mediação, em seu art. 9º, dispõe que qualquer pessoa capaz na qual as partes tenham confiança e seja capacitada para fazer a mediação pode atuar como mediador extrajudicial, independente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se. Ademais, as partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, porém, se a parte contrária comparecer acompanhada de um deles, o mediador suspenderá o procedimento até que todos os envolvidos estejam devidamente assistidos (art. 10, *caput* e parágrafo único). Em contrapartida, para atuar como mediador judicial, o art. 11 da Lei 13.140/15, exige que seja pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e capacitada em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecidas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados –ENFAM ou pelos tribunais.

Siviero (2015, p.12) destaca que os arts. 12 e 25 da Lei 13.140/15⁴, ao dispor que os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a

⁴ Arts. 12 e 25, Lei 13.140/15:

atuar em mediação judicial e a não sujeição à prévia anuência das partes, impedem que as partes escolham o mediador na mediação judicial, sendo incompatível com o art. 168, §§ 1º e 2º do NCPC/15⁵, que permite a escolha, quando em comum acordo, do mediador ou da câmara privada de mediação, independente deste estar cadastrado no tribunal. Siviere (2015, p. 13) esclarece:

Diante da antinomia entre as normas, poder-se-ia argumentar que o artigo 168 e §§ 1º e 2º do NCPC foram precocemente derogados – ainda no período de *vacatio legis* – pelo advento da Lei de Mediação Civil. Por essa linha de raciocínio, o mediador responsável por conduzir a mediação seria designado exclusivamente a partir de uma distribuição alternada e aleatória, nos moldes descritos no artigo 167, §2º da lei processual civil.

Contudo, essa não é a melhor solução interpretativa para o problema, pois o sucesso da mediação depende da relação de empatia e confiabilidade estabelecida entre as partes e o mediador. A distribuição mecânica dos processos aos profissionais cadastrados nos tribunais corrompe a essência do instituto e interfere indevidamente na autonomia de escolha dos interessados.

O caminho para a compatibilização entre as normas colidentes é acessado pela teoria do diálogo das fontes, idealizada pelo jurista alemão Erik Jayme. Segundo defende o autor, as sociedades pós-modernas convivem com múltiplas fontes legislativas vocacionadas à regulamentação dos mesmos fatos. Essa constatação torna-se mais evidente no campo do direito privado, onde os códigos generalistas concorrem com os microssistemas de regulação, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e tantos outros.

Para lidar com a nova realidade normativa, Jayme propõe a substituição do antigo mecanismo de exclusão de normas incompatíveis por um mecanismo de aplicação simultânea, coordenada e sistemática de leis principais e coexistentes no sistema.

Nesse sentido, explica Cláudia Lima Marques (2008, p. 44):

Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a comunicar a solução justa), à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade visada ou narrada em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’ permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva. (*apud* Siviero 2015, p. 13)

Logo, a teoria do diálogo das fontes concede subsídios para a preservação da normatividade do art. 168, §§1º e 2º do NCPC/15, de modo que condiciona a distribuição aleatória do processo ao mediador cadastrado no tribunal quando não houver consenso entre as partes (SIVIERO, 2015).

Art. 12. Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

Art. 25. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.

⁵ Art. 168, §§ 1º e 2º, NCPC/15:

§1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

A seção III, da Lei de Mediação, dispõe sobre os procedimentos de mediação. Inicialmente, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes sobre as regras de confidencialidade que regem o procedimento de mediação, somente podendo ser marcadas as reuniões posteriores com a anuência das partes (arts. 14 e 18). Mesmo que esteja em curso processo judicial ou arbitral, as partes poderão submeter-se à mediação, devendo ser requerido, nesses casos, a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio (art. 16). Quando o acordo for celebrado ou quando não forem justificáveis novos esforços para o consenso, será encerrado o procedimento de mediação lavrando-se o termo final (art. 20). Havendo acordo, o termo final de mediação constituirá título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial (art. 20, parágrafo único).

Na mediação extrajudicial poderá ser formulado convite com o objetivo da negociação, data e local da primeira reunião por qualquer meio de comunicação, não sendo o convite respondido em até trinta dias após seu recebimento, considerar-se-á rejeitado (art. 21, *caput* e parágrafo único). Na mediação judicial, por sua vez, os tribunais deverão criar os centros judiciários de solução consensual de conflitos, onde acontecerão as sessões de mediação, pré-processuais e processuais, as quais deverão ser concluídas em até sessenta dias contados a partir da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requerer sua prorrogação (arts. 24 e 28). O art. 26 da Lei de Mediação estabelece que, em regra, as partes deverão estar assistidas por advogado ou defensores públicos e, havendo acordo, os autos serão encaminhados ao juiz que determinará o arquivamento do processo, e, se as partes solicitarem, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação (art. 28, *caput* e parágrafo único).

É importante ressaltar o caráter confidencial que rege a mediação. O art. 30 deixa claro que toda e qualquer informação relativa à mediação será confidencial, não podendo ser revelada salvo quando as partes expressamente permitirem, quando for exigida por lei, quando for fundamental para o cumprimento de acordo firmado na mediação ou, ainda, quando a informação for relativa à ocorrência de crime de ação pública (art. 30, §3º). A confidencialidade não atinge apenas as partes, mas também o mediador, prepostos, advogados e todos que participarem direta ou indiretamente do procedimento de mediação, de acordo com o art. 30, §1º.

No contexto da mediação no âmbito da administração pública, o grande destaque corresponde à possibilidade das câmaras fazerem uma avaliação de admissibilidade de composição consensual dos conflitos envolvendo particulares e pessoas jurídicas de direito

público, apresentando o instituto da mediação à seara administrativa. Essa inovação pode reduzir processos no Judiciário ao permitir que matérias já pacificadas pelos tribunais, bem como as demandas repetitivas, sejam resolvidas consensualmente (SIVIERO, 2015).

O art. 32 da Lei 13.140/15 preconiza que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, quando possuírem competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública (I), admissibilidade de composição em controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público (II), bem como promover a celebração de termo de ajustamento de conduta, quando couber (III), sendo admitida mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos. “Havendo consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial”, de acordo com o art. 32, §3º. Todavia, o art. 38, I, afirma que nos casos relativos a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União, não serão aplicáveis os dispositivos do art. 32, I e II da Lei 13.140/15.

No que tange à administração pública federal direta, suas autarquias e fundações, o art. 35⁶ dispõe que é possível transação por adesão nas controvérsias que as envolvam. Acerca da transação por adesão, ensina Siviero (2015, p. 16):

O artigo 35 da lei consagrou a figura da transação por adesão. O instituto possibilita que as demandas repetitivas sejam solucionadas internamente a partir da observância de certos parâmetros fechados e vinculativos. A proposta de acordo apenas será possível se fundamentada em autorização expressa do Advogado-Geral da União, com base em jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores ou em parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República. [...]
Conforme observa Brum Vaz, o sucesso da transação por adesão dependerá de fatores como a efetiva pacificação das demandas recorrentes pelos Tribunais Superiores, uma atuação eficiente do Advogado-Geral da União na concessão de autorização ou emissão de pareceres favoráveis à composição e, finalmente, a qualidade dos requisitos e das condições estipuladas para a resolução interna dos conflitos (VAZ, 2014, p. 7).

Assim, os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria, cujos efeitos serão gerais e aplicáveis aos casos idênticos (art. 35, §§ 1º e 3º). É importante ressaltar que a adesão implicará a renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, porém, quando se referir à ação coletiva, a renúncia deverá ser expressa (art. 35, §4º e 5º).

⁶ Art. 35, Lei 13.140/15:

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão.

Se os conflitos envolverem controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União realizará composição extrajudicial do conflito, e, se não houver acordo, caberá ao Advogado-Geral da União dirimir a controvérsia, pautando-se nos fundamentos da legislação afeta (art. 36, *caput* e §1º). No caso dos conflitos entre estes e os Estados, Distrito Federal, Municípios, suas autarquias e fundações públicas, sociedade de economia mista e empresas públicas, é facultado à submissão da controvérsia à composição extrajudicial do conflito a ser realizada pela Advocacia-Geral da União.

Por fim, os dispositivos previstos na Lei de Mediação serão aplicados, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, a exemplo da mediação escolar e comunitária, bem como as levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências (art. 42). Já nas relações de trabalho, a mediação será regulada por lei própria (art. 42, parágrafo único).

4. O ACESSO À JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO

O conceito de acesso à justiça comumente é associado ao acesso ao poder judiciário, ou seja, a instituição estatal competente para prestar a tutela jurisdicional. Todavia, tal conceito não pode se restringir unicamente ao acesso ao poder judiciário, pois a concepção de justiça é mais ampla, estando relacionada também ao acesso à uma ordem jurídica justa, pautada em valores e normas que respeitem os direitos fundamentais do ser humano.

4.1 PERSPECTIVAS ACERCA DO ACESSO À JUSTIÇA

Na história da mediação é possível notar traços do movimento de acesso à justiça iniciado na década de 70. Fazia parte, nesse período, o pleito por melhor acesso à justiça na perspectiva do próprio jurisdicionado, sendo diretamente influenciado pela busca de formas de solução de disputas que pudessem auxiliar na melhoria das relações envolvidas no conflito. Ainda nesse período, começou a tornar-se notória a importância da utilização de técnicas e processos autocompositivos para desenvolverem-se meios efetivos de realizar os interesses das partes de compor suas diferenças interpessoais percebidas por elas mesmas, iniciando-se, desta forma, uma nova fase de orientação da autocomposição à satisfação dos envolvidos através de técnicas apropriadas, ambiente adequado para os debates e para a relação social desenvolvida entre o mediador e as partes a fim de favorecer o entendimento entre elas (MANUAL DE MEDIAÇÃO JUDICIAL, 2016).

Destaca o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 40-41):

Inicialmente o movimento de acesso à justiça buscava endereçar conflitos que ficavam sem solução em razão da falta de instrumentos processuais efetivos ou custos elevados, voltando-se a reduzir a denominada litigiosidade contida. Contudo, atualmente, a administração da justiça volta-se a melhor resolver disputas afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente positivadas e incorporando métodos interdisciplinares a fim de atender não apenas aqueles interesses juridicamente tutelados mas também outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social.

O acesso à justiça é consubstanciado como um direito fundamental constitucionalmente garantido, sendo considerado o mais básico dos direitos humanos. O princípio da dignidade da pessoa humana engloba os direitos fundamentais do homem, dentre os quais se encontra o efetivo acesso à justiça. Este, por sua vez, esteve comumente relacionado ao princípio do devido processo legal, segundo o qual “a lei não excluirá da

apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, conforme dispõe o art. 5º, XXXV da CRFB/88. Todavia, é importante ressaltar que o acesso à justiça encontra-se relacionado ao alcance de uma justiça concreta, que incida efetivamente no caso concreto, e não uma justiça meramente formal.

Conforme esclarece Bueno (2015, p. 37-38), o acesso ao Estado-juiz assegurado no art. 5º, XXXV, CRFB/88, não impede que o Estado busque e incentive outros meios de solução de conflitos, ainda que não jurisdicionais, pois

Uma coisa é negar, o que é absolutamente correto, que nenhuma lesão ou ameaça a direito possa ser afastada do Poder Judiciário. Outra, absolutamente incorreta, é entender que somente o Judiciário e o exercício da função jurisdicional podem resolver conflitos, como se fosse esta uma competência exclusiva sua. É incorreta essa compreensão totalizante do Poder Judiciário e, por isso mesmo, que o estudo dos chamados meios *alternativos* (no sentido de *não jurisdicionais*) é tão importante, inclusive para a formação do estudante e do estudioso do direito processual civil.

No entanto, são vários os obstáculos impostos ao acesso efetivo à justiça que precisam ser transpostos. Mauro Cappelletti (1988) elenca tais obstáculos, dentre os quais pode-se citar as custas judiciais, tendo em vista que a resolução formal de litígios é bastante dispendiosa, cabendo às partes suportarem alguns encargos, tais como honorários advocatícios e algumas custas judiciais, que, quando envolvem pequenas causas, podem ser superior ao valor da controvérsia, ou, ainda, pode se sobrepor e tornar a demanda uma futilidade; as possibilidades das partes que correspondem à vantagens estratégicas que alguns litigantes possuem, como poder pagar para litigar e suportar a morosidade do litígio, sendo outro aspecto considerável o desconhecimento de muitas pessoas acerca da existência de direito juridicamente exigível, ou seja, o desconhecimento que possuem um direito e que podem pleiteá-lo, além disso, muitas vezes não sabem como ajuizar uma demanda e/ou não possuem disposição psicológica para recorrer a processos judiciais, como esclarece Cappelletti (1988, p. 23-24):

Mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo. O estudo inglês, por exemplo, fez a descoberta surpreendente de que “até 11% dos nossos entrevistados disseram que jamais iriam a um advogado” (29). Além dessa declarada desconfiança nos advogados, especialmente comum nas classes menos favorecidas, existem outras razões óbvias por que os litígios formais são considerados tão pouco atraentes. Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.

Dentre os obstáculos têm-se, ainda, as vantagens dos chamados litigantes “habituais”, pois possuem maior experiência nas demandas e com o Direito em si, têm mais oportunidades de estabelecer relações informais com os membros da instância decisória, pode testar estratégias com determinados casos, a fim de desenvolver um parâmetro para casos futuros, entre outros. Nota-se, portanto, que tais barreiras são muitas vezes inter-relacionadas (CAPPELLETTI, 1988).

A partir do ano de 1965, passaram a ser desenvolvidas nesse movimento de acesso à justiça quatro ondas de reforma. A primeira renovatória possui o intuito de proporcionar serviços jurídicos de advogados de maneira gratuita para quem não tem condições financeiras de custear tais valores, através da implantação do sistema *judicare*, ou seja, a efetiva implantação de serviços de assistência judiciária gratuita ou com valores convergentes com as condições das pessoas menos favorecidas, bem como advogados remunerados pelos cofres públicos. A primeira onda tende a se preocupar com a inclusão de pessoas sem condições financeiras de arcar com as custas judiciais, a fim evitar a autotutela, a marginalização dessas pessoas na sociedade ou a limitação ao direito de defesa (GONÇALVES, 2016).

Conforme ensina Bacellar (2012, p. 26), a proteção dos interesses individuais e o processo judicial restrito apenas às duas partes não atendiam mais às demandas da sociedade e a nova realidade dos conflitos, assim, a segunda onda volta-se para a proteção dos interesses difusos, principalmente relacionado ao meio ambiente e ao consumidor. Resulta, portanto, a defesa da legitimação extraordinária ativa pelas representações em juízo pelos modelos da ação governamental, as técnicas do procurador geral privado, o advogado particular de interesse público e as soluções pluralísticas (GONÇALVES, 2016).

A terceira onda, por sua vez, volta-se ao acesso à representação em juízo com uma concepção mais ampla de acesso à justiça, dando origem a um novo enfoque. Cappelletti (1988, p. 67) discorre acerca da importância das duas primeiras ondas, ao destacar que os programas de assistência judiciária trouxeram progressos, visto que concede aos menos favorecidos financeiramente serviços advocatícios que estes não podem custear, bem como tem tornado as pessoas cada vez conscientes a respeito dos seus direitos. O desenvolvimento de mecanismos para representar interesses difusos também figura como um passo importante para a sociedade em geral. No entanto, Cappelletti (1988, p. 67-68) destaca sobre a terceira onda:

O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados

para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

Portanto, é imprescindível observar as barreiras que podem existir ao acesso efetivo à justiça, a fim de que possam ser desenvolvidas instituições capazes de enfrentá-las, o que é primordial na realidade atual. Tais fases identificam o desenvolvimento intelectual e político provenientes do movimento de acesso à justiça.

O processualismo rígido dominante tanto nas instituições acadêmicas quanto nos juízos vem sendo superado pela mudança de perspectiva acerca do conceito de justiça. Outrora tal conceito estava diretamente ligado à atuação do poder judiciário, que impunha sua vontade de maneira impositiva e coercitiva. No entanto, este conceito vem modificando a ideia de que a justiça é alcançada unicamente por meio da atuação estatal e das normas positivadas, encontrando respaldo na efetiva atuação nas demandas.

No tocante à conceituação da expressão acesso à Justiça, Rodrigues (1994, p.28) ensina que há dois sentidos, que podem ser atribuídos, o primeiro corresponde ao significante de acesso ao Poder Judiciário, tornando tais expressões sinônimas. O segundo sentido parte de uma visão axiológica da expressão justiça, significando-a como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, sendo este mais amplo e, consequentemente, engloba o primeiro significado.

O acesso à Justiça é difícil de ser conceituado, de acordo com Cappelletti (1988), no entanto, serve para garantir o princípio da isonomia, corolário do Estado Democrático de Direito, o qual estabelece a necessidade de que todos tenham acesso à Justiça de maneira igualitária, bem como a produção de resultados individual e socialmente justos. Nota-se que não se restringe ao mero acesso a instituição estatal, mas também ao acesso à ordem jurídica justa, pautada na proteção material dos direitos de todos os cidadãos, sem qualquer forma de discriminação, como dispõe Cappelletti (1988, p. 11 e 12):

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.

Em consonância com tal posicionamento, Cabral (2013, p. 129) dispõe:

Dessa forma, garantir o acesso à justiça é assegurar que os cidadãos conheçam os seus direitos, que não se resignem quando estes são lesados e que tenham condições de vencer os custos de oportunidade e as barreiras econômicas para aceder livremente à entidade que consideram mais adequada para a resolução do litígio – seja uma terceira parte da comunidade, uma instância formal não judicial ou os tribunais judiciais.

O acesso à justiça encontra-se relacionado a satisfação dos litigantes na resolução do conflito, e não meramente a aplicação material das legislações e o acesso ao Poder Judiciário.

Destarte, o acesso à Justiça pode ser considerado como o alcance à uma Justiça eficaz e acessível a todos os cidadãos, cuja pretensão seja resolvida em um prazo razoável e conceda aos envolvidos no conflito o sentimento de satisfação de seus direitos, em nome da justiça social. Nesse cenário os meios alternativos de resolução de conflitos se apresentam como uma possibilidade de se ampliar o acesso à justiça, dentre os quais tem-se a mediação, que busca produzir normas relevantes para as partes, criando uma estrutura adequada para a resolução do conflito e não o oposto, a adequação do conflito à uma estrutura jurídica preestabelecida. Logo, a mediação pode ser considerada como um processo que transcende a controvérsia a ser solucionada (MARASCA, 2007).

4.2 A QUEBRA DO PARADIGMA DO MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO E SUAS IMPLICAÇÕES

O termo jurisdição se refere ao poder que o Estado possui de aplicar de maneira impositiva o direito ao caso concreto, com o objetivo de promover a efetividade da lei. Com a função de pacificar os conflitos presentes na sociedade, o Estado passou a exercer o monopólio da jurisdição, sendo o Poder Judiciário a instituição competente para resolver tradicionalmente tais conflitos. Todavia, torna-se perceptível que o Poder Judiciário tem enfrentado dificuldades no exercício de sua jurisdição e, consequentemente, na efetividade de suas atividades, como bem esclarece Toaldo (2011, p. 2):

Todas as considerações sobre a jurisdição e suas crises, surgidas a partir da globalização cultural, política e econômica, são consequências da crise estatal. Nascida de um deliberado processo de enfraquecimento do Estado, a crise se transfere para todas as instituições.

[...] Nessa esteira, o Judiciário se torna uma instituição que precisa enfrentar o desafio de alargar os limites de sua jurisdição, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente.

[...]Quando se fala que o Estado detém o monopólio da Jurisdição significa dizer que ele é responsável pela aplicação do direito ao caso *sub judice*. Assim, quando se fala em crise do Estado, este tema está intimamente relacionado à crise da Justiça e do próprio direito, e quando se fala em um repensar das funções estatais, automaticamente este se projeta sobre a aplicação do direito.

A garantia de acesso ao Poder Judiciário tem previsão constitucional no rol de direitos e garantias fundamentais no art. 5º, XXXV, CRFB/88, cujo teor dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ademais, a Emenda Constitucional nº 45/2004 introduziu na ordem constitucional, mais especificamente no art. 5º, LXXVIII, CRFB/88, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. O devido processo legal também teve sua implantação na Carta Magna no art. 5º, LV, estatuinto que “ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (CABRAL, 2013).

Diante de tais previsões legais, desenvolveu-se uma concepção de que o Poder Judiciário era o único caminho para se ter acesso à justiça, originando a cultura da sentença, ou seja, a ideia de que só a sentença judicial consolidava e reconhecia o anseio à justiça. Logo, criou-se o paradigma do monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário, como esclarece Gonçalves (2016, p. 57):

Enquanto monopólio estatal na distribuição de justiça, a jurisdição tem sido praticamente o único meio buscado pelos indivíduos no tratamento das suas contendas, “estando a sociedade brasileira acostumada e acomodada ao litígio e ao célebre pressuposto básico de que a justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado”⁹³, isto é, na chamada: “cultura da sentença.”⁹⁴ Dessa forma, emerge a supervalorização do Poder Judiciário.

A ideia coletiva de que os conflitos necessariamente precisam ser judicializados e resolvidos no âmbito do judiciário, funda-se na lógica de que uma parte será vencedora e a outra perdedora, divergindo das práticas pacificadoras que apresentam a percepção de que ambos podem ser vencedores. O crescimento exacerbado do número de demandas refletiu diretamente nos problemas de efetividade e, conseqüentemente, na confiabilidade dos cidadãos no Poder Judiciário. Logo, torna-se imprescindível o afastamento do cenário de litigiosidade do sistema judicial, a defesa de soluções pautadas no consensualismo entre os envolvidos, bem como a quebra do paradigma do monopólio de jurisdição pertencente ao Poder Judiciário e o redimensionamento do tema acesso à justiça a uma noção além do direito de buscar proteção apenas nos Tribunais (GONÇALVES, 2016).

Nesse sentido leciona Cabral (2013, p. 128-129):

Identifica-se, assim, na atualidade, um inequívoco cenário de crise no acesso ao direito, à justiça e aos tribunais.

Deste modo, a clássica concepção de acesso à justiça – que o resumia à possibilidade de recurso aos tribunais para a dedução de uma pretensão – precisa, agora, adequar-se à nova demanda por justiça e possibilitar o acesso ao direito aos indivíduos que se encontram impedidos de utilizar o sistema de justiça em razão de variados fatores.

A esse propósito, Mauro Cappelletti preconiza que o movimento de acesso à justiça deve “analisar e procurar os caminhos para superar as dificuldades ou obstáculos que fazem inacessíveis para tanta gente as liberdades civis e políticas”.¹⁶

[...] O acesso ao direito e à justiça corresponde, então, à garantia de efetividade dos direitos individuais e coletivos, devendo ser entendido como a possibilidade de acesso à entidade que os indivíduos considerarem a mais legítima e a mais adequada para solucionar seu conflito e proteger os seus direitos.

Destarte, não se pode considerar o acesso à justiça como sinônimo unicamente de acesso aos tribunais, cabendo ao Estado o desenvolvimento de outros sistemas de resolução de conflitos que possam atender as necessidades e anseios sociais. Nesse cenário, os meios alternativos de resolução de conflitos acabavam sendo deixados à margem da conceituação do acesso à justiça. Todavia, como ensina Bacellar (2012, p. 27) os métodos consensuais ou adversariais, sejam autocompositivos ou heterocompositivos, bem como os meios alternativos de resolução de conflitos, sejam judiciais ou extrajudiciais, possuem características próprias, cuja adequação dependerá do caso ou da situação, devendo ser disponibilizados ao usuário para que ele tenha acesso à resolução adequada do conflito.

Aceitar o auxílio de meios alternativos de resolução de conflitos corresponde a um avanço, isto porque é um ganho tanto para o Estado, que se encontra abarrotado de processos judiciais, quanto para a toda a sociedade, através da difusão da cultura de paz. Na mediação o sentimento de adversidade e a ideia de ganhador *versus* perdedor é substituída por uma abordagem baseada na cooperação, no respeito aos seus princípios, valores e crenças na decisão, visto que habilita os próprios envolvidos para solucionarem os problemas, buscando a renovação da sociedade, o estímulo ao diálogo e a pacificação social (SIQUEIRA E PAIVA, 2016).

Um sistema de resolução de conflitos, para ser considerado eficiente, precisa abandonar o entendimento de que só é possível solucionar um litígio com a intervenção estatal e buscar construir instituições e procedimentos que buscam prevenir e resolver controvérsias a partir das necessidades e dos interesses das partes, sendo os meios alternativos de resolução de conflitos uma opção que tende a adequar o conflito ao meio de solução apropriado, objetivando, ainda, meios de inclusão social, visto que os envolvidos tornam-se corresponsáveis pela construção de uma resolução mais adequada e, por conseguinte, a

pacificação social, tendo em vista que tendem a ensinar às partes a administrar seus conflitos através do diálogo. Ademais, os meios alternativos de resolução de conflitos apresentam-se de maneira mais simples e desburocratizada, possibilitando que aqueles que dificilmente chegariam ao sistema de resolução de conflitos por não serem contemplados pelo sistema tradicional, possam se aproximar do sistema de justiça (CABRAL, 2013).

Cabral (2013) elenca inúmeros argumentos de valorização dos meios alternativos de solução de conflitos, dentre os quais se encontra a mediação:

Os meios alternativos ainda se caracterizam por propiciar inclusão social, pois as pessoas envolvidas no conflito são percebidas como as mais importantes no processo e contribuem para o processo de democratização, possibilitando ao cidadão o exercício de sua autonomia na resolução de conflitos.⁷⁹

A valorização da autonomia e da cidadania também são apontadas como fatores que diferenciam e qualificam os meios alternativos de resolução de conflitos, destacando Luís Alberto Warat que “a tarefa de dar voz à cidadania, principalmente com relação a seus próprios conflitos, é algo que se pode começar a ascender, implementando programas de justiça cidadã, de juizados de cidadania, onde os indivíduos possam sair do silêncio, recuperar a voz”.⁸⁰

José Renato Nalini adiciona a esses argumentos a superioridade ética dos meios alternativos de resolução de conflitos em relação ao método judicial, destacando que quando as partes dialogam e estabelecem os pontos de divergência, apreendem melhor o que ocorre em suas controvérsias: “Aprendem a negociar, a transigir, a assumir sua parcela cidadã de maturidade que o imediato endereçamento dos conflitos a juízo não deixa desabrochar. Uma sociedade que precisa do Estado-Juiz para resolver até questões ínfimas se infantiliza, torna-se imatura, desaprende os métodos naturais que devem nortear o relacionamento entre os conviventes. Esse é um subproduto cruel da judicialização de todos os conflitos”.⁸¹

A solução fruto de um consensualismo entre os envolvidos no conflito tende a refletir positivamente nas futuras controvérsias, uma vez que possibilita que as partes possam expor seus argumentos e compreender melhor o conflito e, assim, chegar a uma solução adequada. A mediação permite que as partes possam ter voz, participando ativamente. Tal característica busca o restabelecimento do diálogo e a solução da contenda. Vezzula (1994, p. 75-76) esclarece que na mediação as partes podem se aprofundar fundamentalmente nas diferenças entre elas, surgindo as principais divergências, contradições e obscuridades. Desta forma, é possível que os envolvidos tenham conhecimento dos interesses mais ocultos da outra parte, o que facilita a compreensão do conflito e uma solução satisfatória para ambos.

Dentre as vantagens dos meios alternativos de solução de conflitos têm-se ainda a celeridade, a informalidade, o menor custo, o respeito aos interesses e sentimentos dos envolvidos no conflito, a difusão da cultura de paz, o abandono da noção de perdedor e ganhador, ao possibilitar que todos sejam vencedores, entre outros. Em contrapartida, o sistema judicial, principalmente o condenatório, encontra-se envolto em algumas deficiências

que incide na falta de credibilidade do Poder Judiciário, a exemplo da lentidão, o excesso de demanda e formalismo, a imprevisibilidade, no que se refere à duração do processo e o desfecho da demanda, o alto custo, etc. Os meios alternativos autocompositivos podem ser relevantes em diversos casos, como conflitos de vizinhança, de família, de escolas, locais onde a convivência é perpetuada e de certa forma obrigatória (CABRAL, 2013).

Em consequente, Cabral (2013, p.143) dispõe:

Eugênio Facchini Neto agrupa os argumentos favoráveis aos métodos alternativos em qualitativos e quantitativos. O argumento de natureza quantitativa é o mais invocado; os meios alternativos deveriam ser incentivados porque são uma maneira mais eficiente de solução das disputas, de menor custo e muito mais rápidos; o segundo argumento, “qualitativo”, parte de uma abordagem segundo a qual os meios alternativos possibilitam uma maior participação das partes no desenvolvimento do processo e permite a elas um maior controle sobre o resultado do processo – afinal, são elas que definem esse resultado. Além disso, sustenta-se que os meios alternativos oferecem uma maior possibilidade de reconciliação entre as partes, garantindo uma melhor comunicação entre elas, aumentando assim a probabilidade de manutenção ou recuperação das relações interpessoais.⁸⁷

Ainda relacionando as vantagens da utilização dos meios alternativos, Petrônio Calmon indica a redução da inflação processual; a redução da demora e dos custos dos processos; a promoção de sua efetiva qualidade; proporcionar à sociedade alternativas para a solução dos conflitos além da via judicial; proporcionar a justiça restauradora e a efetiva pacificação social; proporcionar alternativas de solução adequadas a cada tipo de conflito, racionalizando a distribuição de justiça; incrementar a participação da comunidade na solução dos conflitos; facilitar o acesso à justiça; proporcionar meios de solução para a litigiosidade contida; proporcionar a mais adequada informação do cidadão sobre os próprios direitos e sua orientação jurídica.⁸⁸

A mediação se apresenta como um instrumento de pacificação cujo objetivo é ajudar a aproximação das partes no diálogo, no consenso e na solução do caso concreto. Neste método, destaca-se a figura das partes, do mediador e do conflito em si, visto que fazem parte da realidade humana. Na mediação o restabelecimento do diálogo se apresenta como uma característica primordial para que se estabeleça um acordo que satisfaça o ideal de justiça de ambas as partes. Logo, as partes tornam-se responsáveis por gerir seus conflitos, ao contrário do que ocorre na jurisdição estatal tradicional, no qual compete aos operadores do direito (TOALDO, 2011).

Faz-se mister destacar que os meios alternativos de resolução de conflitos também sujeitam-se a algumas críticas perpetradas pela doutrina, com destaque para os cuidados exigíveis para sua utilização. Inicialmente, destacam que há possibilidade dos resultados obtidos por esses meios alternativos possam ser injustos, devido ao desequilíbrio que pode existir entre as partes, a exemplo de conflitos que envolvem pessoas com poder econômico distintos, influenciando a parte com menor poder aquisitivo a acordar em razão da falta de

recursos. Outros aspectos questionados correspondem ao despreparo técnico dos condutores desses mecanismos quando comparados ao juiz, a possibilidade de redução das garantias processuais, a retirada de “casos pequenos” da justiça comum, provocando sua elitização, bem como frear o ativismo judicial, por retirar da apreciação do Poder Judiciário matérias de interesse coletivo, evitando, assim, a alteração da realidade social proveniente de uma decisão judicial (CABRAL, 2013).

Em contrapartida aos argumentos apresentados, destaca-se que a desigualdade econômica anteriormente questionada também pode ensejar prejuízos aos hipossuficientes no processo tradicional, tendo em vista possibilita à parte de maior poder econômico a constituição de procurador especializado, a produção de determinadas provas, bem como a obtenção de documentos. No que tange ao preparo técnico, mostra-se sem fundamento e preconceituoso o entendimento de que o juiz estaria melhor preparado para atuar do que o condutor dos meios alternativos de resolução de conflitos, visto que as normas procedimentais que regem a conduta destes profissionais devem ser empregadas com cientificidade e de maneira adequada. No mais, destaca-se que os meios alternativos de resolução de conflitos não devem estar focados em casos de menor vulto necessariamente, podendo gerar um movimento de reação a determinadas práticas tal qual acontece com decisões dos tribunais, os quais não deixarão de ter ativismo nos casos em que esses métodos alternativos não forem adequados ou suficientes (CABRAL, 2013).

Portanto, a aplicação de meios alternativos de resolução de conflitos não significa necessariamente o abandono ao direito de buscar o Poder Judiciário para dirimir os litígios, mas conceder as partes meios alternativos que possam auxiliá-las na resolução de suas controvérsias quando considerarem mais adequadas ao caso. Os meios alternativos podem atuar em paralelo com o sistema judiciário, figurando como um meio de auxiliá-lo na resolução de conflitos que tendem a abarrotar o Poder Judiciário e dificultar o seu efetivo funcionamento.

Com efeito, o acesso à justiça vai além da concepção de acesso ao Poder Judiciário e encontra patamares na garantia de acesso efetivo à justiça, por meio de soluções justas e adequadas aos conflitos. Como corrobora o Manual de Mediação Judicial (2016, p. 41) ao afirmar que só é possível ter acesso à justiça efetivamente se os tribunais redefinirem o papel do poder judiciário na sociedade e se apresentarem mais harmonizador do que judicatório, estabelecendo, desta forma, uma nova face, ou seja, um lugar onde as pessoas buscam e encontram suas soluções, um centro de harmonização social.

4.3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Diante do exposto, é possível perceber que os tribunais brasileiros estão caminhando no sentido de reconhecer a importância da mediação na resolução de conflitos, considerando, quando possível, a relevância de sua aplicação. A normatização do procedimento em dispositivos legalmente constituídos, a exemplo do NCPC/15, a Lei nº 13.140/15 e a Resolução nº 125/10, conferiu maior credibilidade e dever de observância às regras procedimentais impostas. A título de exemplo e corroborando com tal entendimento, assim têm se posicionado os nossos tribunais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBCLASSE RESPONSABILIDADE CIVIL. PROJETO SOLUÇÃO-DIRETA CONSUMIDOR. INTIMAÇÃO PARA UTILIZAÇÃO. POSSIBILIDADE.

Já se passaram décadas desde que Mauro Cappelletti indicou, como terceira onda renovatória do processo civil, a necessidade de identificação de situações que preferencialmente não devem ser equacionadas pela justiça ordinária, mas sim direcionadas para mecanismos alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação, arbitragem e outros. Assim, a iniciativa da Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça, em parceria com o Poder Judiciário, instituindo o projeto "Solução Direta Consumidor" está perfeitamente afinada com todas as modernas tendências contemporâneas. Ou seja, a sociedade civil não pode suportar o custo de que o Judiciário seja a primeira instituição a ser procurada para resolver os mais diversos problemas da vida de relação. Isso porque há um custo orçamentário enorme para a manutenção do Judiciário, que não pode e não deve ser ultrapassado. Portanto, o Judiciário deve ser a "última praia", ou seja, quando realmente falharem os demais mecanismos disponíveis para solucionar conflitos, tem, sim, a parte, o direito constitucional de acesso à jurisdição. Todavia, quando o sistema propicia mecanismos ágeis, sem custo, para tendencialmente resolver de forma mais efetiva e rápida o litígio, é razoabilíssimo que se possa exigir da parte que deles se utilize antes de ajuizar sua demanda. É de se manter, portanto, a decisão da origem, que intimou a parte para, inicialmente, formular seu pedido junto à plataforma do projeto, tentando resolver a questão administrativamente. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO, DE PLANO.

(Agravado de Instrumento Nº 70068119437, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 10/02/2016).

Conforme pode ser percebido, o relator destaca no teor da própria ementa a importância da aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos, ressaltando seu caráter ágil, sem custo, célere e efetivo. Por se tratar de demanda que envolve direito do consumidor, é possível a aplicação da mediação para tentar solucionar a controvérsia, tendo em vista que se admite autocomposição em casos que envolvam direitos disponíveis ou indisponíveis cuja transação é permitida. Projetos como o apresentado acima, "Solução Direta Consumidor", de iniciativa da Secretaria Nacional do Consumidor, do Ministério da Justiça em parceria com o Poder Judiciário, demonstra a possibilidade de atuação conjunta e cooperativa para que se alcance o efetivo acesso à justiça.

No tocante à competência para atuação nas demandas, destacam-se os seguintes julgados:

AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGA PROVIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO. PARTILHA DE BENS PENDENTE DE APRECIÇÃO JUDICIAL. FIXAÇÃO DE ALUGUEIS PELO USO EXCLUSIVO DE BEM COMUM. IMPOSSIBILIDADE. ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS PARA AO NÚCLEO DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO DO FORO CENTRAL. CABIMENTO. MEDIDA QUE REPRESENTA UMA POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO DE FORMA SATISFATÓRIA PARA AMBAS AS PARTES. DECISÃO DA RELATORA CHANCELADA PELO COLEGIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

(Agravado Nº 70061397683, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 24/09/2014)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CONFLITO ENTRE JUÍZO DE DIREITO DA 4ª VARA DE FAMÍLIA E REGISTRO CIVIL DA CAPITAL E JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA CAPITAL. DECLARAÇÃO DO JUÍZO COMPETENTE DIVERSO DOS CONFLITANTES. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. APLICAÇÃO DO ART. 475-P, INCISO II, DO [CPC](#). COMPETÊNCIA DA CENTRAL DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DO RECIFE.

I - O Código de Organização Judiciária do Estado de Pernambuco conferiu às Centrais de Conciliação, Mediação e Arbitragem o status de unidade jurisdicional.

II - A sentença homologatória, título executivo judicial, deve ser executada nos próprios autos nos termos do art. 475-P, II, do [CPC](#).

III - Conforme o art. 3º, inciso II, alínea c da Resolução nº 222 deste Tribunal de Justiça, de 04/07/2007, a Central de Conciliação, Mediação e Arbitragem tem competência para executar os seus próprios julgados.

IV - No presente caso em análise, competente a Central de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Recife para processar e julgar a ação de cumprimento de obrigação de fazer.

V - Não existe nenhum óbice à declaração de um terceiro juízo, diverso dos juízos suscitante e suscitado, como competente no âmbito de Conflito de Competência. Precedentes do STJ. V-Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da Central de Conciliação, Mediação e Arbitragem do Recife.

(CC 3254420 PE, 3ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Pernambuco, Relator: Bartolomeu Bueno, Julgado em: 27/02/2014).

E, com relação ao cabimento da audiência de tentativa de conciliação ou mediação:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SUCESSÃO. INVENTÁRIO. ROL DE BENS. 1.

A questão referente à perícia e a outras provas é de alta indagação, o que extrapola os limites próprios do processo de inventário. 2. Cabível, aqui, a requerida realização de audiência de tentativa de conciliação ou de mediação, a fim de solucionar a controvérsia. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(Agravado de Instrumento Nº 70074683509, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 03/08/2017).

Nestes casos há o reconhecimento da competência do Núcleo de Conciliação e Mediação e da Central de Conciliação, Mediação e Arbitragem. Ambientes adequados que permitam a utilização de meios alternativos de solução de controvérsias representam a possibilidade das partes chegarem a uma solução que seja satisfatória para ambas, isto porque permite que elas próprias cheguem a um acordo.

Ademais, o NCPC/15 prevê em seu art. 3º, §2º, o dever dos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, estimularem a mediação, a conciliação e outros métodos alternativos de solução consensual de controvérsias. De acordo com o art. 24 da Lei 13.140/2015 e o art. 165 do NCPC/15, é dever dos tribunais, de igual forma, criar centros judiciais de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de audiências de conciliação e mediação, além do desenvolvimento de programas com o objetivo de auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, bem como, conforme o art. 7º da Resolução nº 125 do CNJ, a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, cujas atribuições correspondem, dentre outras, ao desenvolvimento da Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos, incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização dos servidores, magistrados, mediadores e conciliadores acerca dos métodos consensuais de solução de conflitos.

A mediação, quando aplicada ao caso concreto, pode gerar efeitos positivos de caráter relevante, conforme destaca o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA. LITIGANTES QUE CONCORDARAM COM O ATENDIMENTO PELO CEJUSC - CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA DA COMARCA DE PORTO ALEGRE. PEDIDO DO AUTOR PARA ENCERRAMENTO DAS SESSÕES DE MEDIAÇÃO POR ENTENDER SEREM INEFICAZES. DESCABIMENTO. PROCEDIMENTO QUE VISA A BUSCAR A SOLUÇÃO QUE MELHOR ATENDA AO PRIORITÁRIO INTERESSE DO MENOR. INVIABILIDADE DE SE ANTEVER O INSUCESSO DA MEDIAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

(Agravado de Instrumento Nº 70067083691, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolara Medeiros, Julgado em 24/02/2016).

A mediação busca a melhor solução para o conflito, de forma a satisfazer as partes e permitir que tentem chegar a um acordo. Para o desenvolvimento da mediação são utilizados métodos adequados de acordo com as peculiaridades do caso em análise.

Ninguém é obrigado a permanecer no processo de mediação, todavia, como destaca o teor da ementa acima mencionada, o pedido do autor pelo encerramento das sessões de mediação é descabido, pois a mediação, neste caso, buscará atender da melhor forma possível

o interesse do menor envolvido na controvérsia, sendo, portanto, incapaz de se prever o insucesso das sessões.

Os procedimentos realizados na mediação são regidos por princípios e normas que devem ser observados no decorrer das sessões. O descumprimento do princípio constitucionalmente garantido do devido processo legal pode ensejar nulidade da sentença, como pode ser observado no seguinte julgado:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. CRÉDITO ROTATIVO. CARTÃO DE CRÉDITO. SUPRESSÃO IMOTIVADA DA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO OU MEDIAÇÃO. REQUERIMENTOS DO AUTOR DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA, PARCELAMENTO DO DÉBITO E REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E PERÍCIA. PEDIDOS NÃO APRECIADOS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE ANÚNCIO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DE MÉRITO. INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ERROR IN PROCEDENDO. PRELIMINAR ACOLHIDA. NULIDADE DA SENTENÇA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. JULGAMENTO DE MÉRITO PREJUDICADO. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

1- Nos termos do art. 334 do [CPC/2015](#), recebida para processamento a petição inicial, desde que o objeto do processo admita autocomposição, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação, num interregno não inferior a 30 dias.

2- No caso, o Defensor Público requereu expressamente o parcelamento do débito e não manifestou desinteresse na audiência de conciliação ou mediação; a seu turno, na contestação apresentada, a instituição financeira não externou desinteresse na audiência. Assim, não poderia o julgador, sem ouvir as partes ou anunciar julgamento antecipado de mérito, deixar de realizar a audiência.

3- Na concepção moderna, a garantia de contraditório veda ao órgão jurisdicional proferir decisão com surpresa para as partes. Mesmo tratando de temas a respeito dos quais deva o juiz manifestar-se de ofício, deve ouvir as partes, evitando a "decisão surpresa".

4- Ao julgar antecipadamente o mérito sem prévio anúncio e sem analisar os pedidos de inversão do ônus da prova e realização de prova pericial, o Juízo a quo violou a garantia de contraditório, maculando o princípio do devido processo legal.

5- Recurso CONHECIDO e PROVIDO. Nulidade da sentença decretada. Remessa dos autos à origem para realização de audiência de conciliação ou mediação e regular processamento. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso de apelação para dar-lhe provimento nos termos do voto do relator.

(Apelação : APL 02160488320158060001 CE 0216048-83.2015.8.06.0001, 2ª Câmara Direito Privado, Tribunal de Justiça do Ceará, Relator: Teodoro Silva Santos, Julgado em 19/04/2017).

Conforme o disposto no art. 334, 4º, I, do NCPC/2015, a audiência de mediação não será realizada se ambas as partes expressamente manifestarem o desinteresse na composição consensual, o que não aconteceu no caso acima em análise, no qual não houve manifestação. Desta forma, devido à inobservância desta e de outras disposições legais, a sentença foi anulada e os autos encaminhados para a realização de audiência de mediação ou conciliação.

Ademais, a mediação tem se tornado cada vez mais presente na realidade social e estatal. A aplicação de métodos e procedimentos adequados norteia as sessões de mediação, conferindo maior confiabilidade do Poder Judiciário, como destaca a ementa a seguir, cujo teor se refere desnecessidade de nova avaliação médica, tendo em vista a confiança do Poder Judiciário no exame pericial realizado na audiência de mediação e conciliação:

Apelação Cível. Seguros. DPVAT. Ação de Cobrança. Complementação de Indenização. Desnecessidade de realização de novo exame pericial. Avaliação médica realizada em audiência de mediação e conciliação é dotada de confiabilidade do Poder Judiciário. À unanimidade, negaram provimento ao apelo.
(Apelação Cível Nº 70074320714, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 24/08/2017).

Destarte, os recentes julgados ilustram a mudança de perspectiva dos próprios tribunais no que tange à aplicação da mediação, encontrando relevância social e jurídica. Busca-se ressaltar a importância do referido instituto na realidade fática do Brasil, o qual figura como uma maneira promissora de solucionar as controvérsias que fazem parte do cotidiano social, desde que adequadas ao caso concreto e possível a sua aplicação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O monopólio jurisdicional do Poder Judiciário tem encontrado dificuldades no que tange à efetividade do princípio do acesso à justiça, sendo necessária a implantação de medidas que possam garantir o melhor funcionamento do aparelho estatal. O acesso à justiça trata-se de um direito fundamental de todos os cidadãos, sendo considerado o mais básico dos direitos humanos, não podendo ser cerceado por nenhum tipo de discriminação. Este está mais relacionado ao acesso a uma decisão justa, efetiva, célere, do que ao mero acesso ao Poder Judiciário.

São inúmeros os obstáculos que precisam ser superados para que se alcance o acesso à justiça, dentre os quais estão presentes o alto custo, a morosidade, o formalismo excessivo, o desgaste físico e psicológico, entre outros. Nesse cenário, o instituto da mediação se apresenta dentre os meios alternativos de resolução de conflitos, cujo objetivo principal visa o restabelecimento da comunicação entre os litigantes. A mediação pode ser definida como o processo autocompositivo no qual as partes envolvidas em uma controvérsia são auxiliadas por um terceiro imparcial, chamado mediador, para restabelecer o diálogo e chegar a um acordo satisfatório para ambos.

Diante da realidade social, torna-se perceptível os benefícios das técnicas alternativas de solução de conflitos, principalmente no que se refere ao acesso à justiça, o que não significa a subtração do exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário, mas o auxílio à instituição estatal e a sociedade em geral, que encontra outras formas de resolver os conflitos que lhe afligem, complementando, portanto, a atuação jurisdicional do Estado.

Não se pode confundir o acesso à justiça com o acesso ao Direito ou aos tribunais, reduzindo-o ao Poder Judiciário, sendo imprescindível estendê-lo a uma solução pautada na celeridade, no procedimento adequado e equitativo, bem como na solução justa e efetiva, garantindo a satisfação dos seus usuários.

A mudança na conceituação e abordagem do acesso à justiça é essencial para a garantia dos direitos fundamentais previstos legalmente, tendo em vista que permite a todas as pessoas o acesso a uma justiça material, e não meramente formal. O desenvolvimento de políticas públicas tendentes a valorizar os meios alternativos de resolução de conflitos é primordial para que estes sejam reconhecidos e aplicados judicial ou extrajudicialmente.

A cultura da paz tem reflexos positivos na sociedade, pois estimula a comunicação e o desenvolvimento de práticas alternativas de resolução de conflitos. Na mediação o sentimento de cooperação e satisfação mútua é sobreposto ao sentimento de adversariedade,

utilizando-se de métodos que visam respeitar os valores e interesses das partes, além de estimular a pacificação social e comunicação. É primordial pensar em procedimentos tendentes a prevenir conflitos, tal qual acontece na mediação, visto que busca capacitar às partes acerca da importância do diálogo e das técnicas de negociação, as quais podem auxiliá-los na composição de conflitos futuros.

Ademais, a informalidade, a desburocratização e a cultura da paz, estão elencadas entre as vantagens da mediação no acesso à justiça. O desgaste físico e emocional, apesar de presente nos conflitos, pode ser minimizado com uma solução rápida e efetiva. Um acordo satisfatório para as partes pode trazer um sentimento de bem estar, visto que a problemática foi solucionada.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem** / Roberto Portugal Bacellar. – São Paulo: Saraiva, 2012. – (Coleção Saberes do Direito; 53) 1. Arbitragem (Direito) Brasil 2. Mediação – Brasil I. Título. II. Série. Disponível em: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Mediacao%20e%20Arbitragem%20%0Rober%20Portugal%20Bacellar.pdf>>. Acesso em: 20 set. de 2017.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de processo civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015/ Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35 ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.
- CABRAL, Marcelo Malizia. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça e de racionalização do acesso aos tribunais**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 73, 2013. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1383851800.pdf>. Acesso em: 20 set. de 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.
- DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. **A Mediação e a Conciliação no contexto do novo código de processo civil de 2015**, 2015. Disponível em: <<http://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/9990/7083>>. Acesso em: 01 ago. de 2017.
- FISHER, Roger. **Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões** / Roger Fisher, William Ury & Bruce Patton; tradução Vera Ribeiro & Ana Luiza Borges. – 2ª ed. Revisada e ampliada – Rio de Janeiro: Imago Ed. 2005.
- GONÇALVES, Jéssica. **Acesso à justiça: do modelo competitivo de estabilização dos conflitos à estratégia cooperativa** / Jéssica Gonçalves. Dissertação (Mestrado em Direito). Florianópolis : Universidade Federal de Santa Catarina, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/167979/339460.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 20 set. de 2017.
- HABERMANN, Raíra Tuckmantel. **Mediação e Conciliação no Novo Código de Processo Civil**, doutrina – legislação, jurisprudência e prática. São Paulo: Habermann, 2016. P.13.
- LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. **Mediação judicial. Análise da realidade brasileira – origem e evolução até a Resolução n.125**, do Conselho Nacional de Justiça. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.64.

MARASCA, Elisângela Nedel. **Meios alternativos de solução de conflitos como forma de acesso à justiça e efetivação da cidadania**. 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/66>>. Acesso em: 19 set. de 2017.

MORI, Amaury Haruo. **Princípios gerais aplicáveis aos processos de mediação e de conciliação**, 2007. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1608509>>. Acesso em: 07 ago. de 2017.

RODRIGUES, Horácio Vanderlei. **Acesso à justiça no Direito Processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PAIVA, Caroline Zanetti. **A utilização da mediação como forma de efetivação ao acesso à justiça e ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista eletrônica do curso de Direito da UFSM, v. 11, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/redevistadireito>>. Acesso em: 14 set. de 2017.

SIVIERO, Karime Silva. **Aspectos polêmicos da mediação judicial brasileira: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação**. Caderno do Programa de Pós Graduação em Direito PPGDir./UFRGS, edição digital, Porto Alegre, volume X, n. 3, 2015. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/58385/36263>>. Acesso em: 28 ago. de 2017.

SOUZA, Victor Roberto Côrrea de. **O Novo Código de Processo Civil Brasileiro e a Audiência de Conciliação ou Mediação como Fase Inicial do Procedimento**. In Justiça mediática e preventiva [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Adriana Silva Maillart, Jaime Bergamaschine Mata Diz, Mauro José Gaglietti – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/0j0ub037/6N3NEIBT5Vxsl0fq.pdf>>. Acesso em: 26 ago. de 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos**. In Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>>. Acesso em 01 ago. de 2017.

TOALDO, Adriane Medianeira. **Mediação – novo instrumento de acesso à justiça**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10919>. Acesso em: 21 set. de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO TJ-PE. **CC 3254420**. Relator Bartolomeu Bueno. Julgado em: 27/02/2014. Disponível em: <<https://tj-pe.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/159620155/conflito-de-competencia-cc-3254420-pe>>. Acesso em: 21 set. de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ TJ-CE. **Apelação : APL 02160488320158060001**. Realator Teodoro Silva Santos. Julgado em 19/04/2017. Disponível em: <<https://tj->

ce.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/450063728/apelacao-apl-2160488320158060001-ce-0216048-8320158060001>. Acesso em: 21 set. de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL TJ-RS. **Agravo nº 70061397683**. Relatora Sandra Brisolara Medeiros. Julgado em 24/09/2014. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/142637515/agravo-agv-70061397683-rs>>. Acesso em: 21 set. de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL TJ-RS. **Agravo de Instrumento nº 70067083691**. Relatora Sandra Brisolara Medeiros. Julgado em 24/02/2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310668966/agravo-de-instrumento-ai-70067083691-rs>>. Acesso em: 21 set. de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL TJ-RS. **Agravo de Instrumento Nº 70068119437**. Relator Eugênio Facchini Neto. Julgado em 10/02/2016. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/305968655/agravo-de-instrumento-ai-70068119437-rs>>. Acesso em: 21 set. de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL TJ-RS. **Agravo de Instrumento Nº 70074683509**. Relator Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em 03/08/2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/485571210/agravo-de-instrumento-ai-70074683509-rs>>. Acesso em: 21 set. de 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL TJ-RS. **Apelação Cível Nº 70074320714**. Relator Luís Augusto Coelho Braga. Julgado em 24/08/2017. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/495556927/apelacao-civel-ac-70074320714-rs>>. Acesso em: 21 set. de 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas** / Carlos Eduardo de Vasconcelos. – São Paulo: Método, 2008.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **Primeiros comentários à Lei nº 13.140/2015 (marco regulatório da mediação/conciliação): imbricação com o NCPC e enfoque para os processos da Justiça Federal**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 68, out. 2015. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao068/Paulo_BrumVaz.html>. Acesso em: 28 ago. de 2017.

VEZZULA, J. C. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1994.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 25 ago. de 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 25 ago. de 2017.

_____. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a Mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 25 ago. de 2017.

ZAMBONI, Alex Alckmin de Abreu Montenegro. **O Ensino Jurídico e o Tratamento Adequado dos Conflitos: impacto da Resolução n. 125 do CNJ sobre os cursos de Direito.** Dissertação (Mestrado em Direito). Versão corrigida. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.